

判例研究

非嫡出子相続分差別規定違憲決定

飯田 稔

遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件 最高裁判所平成二四年(ク)九八四号、九八五号、同二五年九月四日大法院決定 破棄差戻し 民集六七卷六号一三二〇頁

【事実の概要】

平成一三年七月に死亡した男性Aの遺産につき、相続人間で分割の協議が整わなかったため、Aの嫡出子たるXら(代襲相続人を含む)が非嫡出子Yらを相手取って、家庭裁判所に遺産分割の審判を申し立てた(旧家事審判法九条一項乙類一〇号)。Yらは、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一とする民法九〇〇条四号但書前段の規定(平成二五年法律九四号による改正前のもの。以下、本件規定という)は憲法一四条一項に違反し無効であると主張したが、裁判所は、最高裁判所平成七年七月五日大法院決定^①(以下、平成七年大法院決定または平成

七年決定という）に従い、本件規定の立法理由には合理的根拠があり、その内容が立法目的との関連において著しく不合理で、立法府の合理的な裁量判断を超えたものとはいえないから、憲法に違反しないと判断、本件規定を適用したうえ、Yらの特別受益をも考慮して（民法九〇三条一項、二項参照）Xらの具体的相続分を算出し、Aの遺産を分割すべきものとする審判を下した。^②

Yらは即時抗告を申し立て（旧家審法二四条）、重ねて本件規定の違憲性を主張した。だが裁判所は、平成七年大法院決定後の社会情勢、家族生活や親子関係の実態、国際的環境等の変化等を総合考慮しても、本件相続開始時に本件規定が違憲であったとは認められないとして、抗告を棄却した。^③

そこで、Yらが最高裁に特別抗告を提起（旧家審法七条、旧非訟事件手続法二五条、民事訴訟法三三六条一項）。非嫡出子であることは、本人の意思では如何ともしがたい出生により取得された社会的身分であるところ、本件規定は、その立法目的が法律婚の尊重、保護という正当なものだとしても、目的実現の手段として相続分の区別を設けることや、区別の大きさについては十分な合理的根拠がなく、従って本件規定は、人を出生によって取得する社会的身分により、合理的理由なく経済的または社会的関係において差別するもので、憲法一四条一項に違反するなど主張した。

【判旨】破棄差戻し

一 憲法一四条一項適合性の判断基準

憲法一四条一項は、事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨である。

相続制度を定めるには、各国の伝統、社会事情、国民感情などが考慮されねばならず、また現在の相続制度は、家族に対する考えと密接に関係しているから、その国の婚姻ないし親子関係に対する規律、国民意識等を離れて定めることはできない。そこで、これらを総合的に考慮して相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられている。本件で問われているのは、こうして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と非嫡出子との間で生ずる法定相続分に関する区別が合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かであり、立法府に与えられた右裁量権を考慮しても、その区別に合理的根拠が認められない場合には、当該区別は憲法一四条一項に違反する。

二 本件規定の憲法一四条一項適合性

(一) 平成七年大法廷決定は、法定相続分の定めが補充規定であることをも考慮事情とした上で、一と同旨の判断基準の下、本件規定につき、法律婚主義を採用した以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇して定めるが、他方、非嫡出子にも一定の相続分を認めてその保護を図ったものだとし、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えておらず、憲法一四条一項に違反しないと判断した。

しかし、法律婚主義の下でも、嫡出子と非嫡出子の法定相続分をどのように定めるかは、一で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきであり、またこれらの事柄は時代と共に変遷するから、その定める合理性については、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されねばならない。

(二) 右の事柄のうち重要な事実について、昭和二年民法改正以降の変遷等の概要は、次の通りである。

ア 昭和二年民法改正の背景には、相続財産を嫡出の子孫に承継させる気風や、法律婚を正当な婚姻とし、尊重、保護する反面、法律婚以外の男女関係や、その中で生まれた子に対する差別的な国民意識があり、また、

国会審議においては、嫡出子と非嫡出子の相続分に差異を設けていた当時の諸外国の立法例が影響を与えていた。しかし、その後のわが国における社会、経済状況の変動に伴い、婚姻、家族の形態が著しく多様化し、婚姻、家族の在り方に対する国民意識の多様化が大きく進んでいる。

イ 諸外国、特に欧米諸国では、一九六〇年代後半（昭和四〇年代前半）以降、子の権利保護の観点から嫡出子と非嫡出子との平等化が進み、相続に関する差別が廃止されてきており、現在、両者の相続分に差異を設ける国は欧米ではなく、世界的にも限られている。

ウ わが国は出生による児童の差別を禁止する諸条約を批准したが、これらの条約に基づく国際委員会が、繰り返し、本件規定を含む非嫡出子の差別的規定に対して懸念を表明し、また削除を勧告している。

エ 嫡出子と非嫡出子の区別に関わるわが法制等も変化しており、住民票や戸籍における世帯主、父母との続柄の記載が改められたほか、非嫡出子の日本国籍取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法（旧）三条一項の違憲判決⁴を契機に、法改正が行なわれた。

オ 政府は早くから、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を平等とする民法改正を審議し、近年では、改正法律案要綱や法律案を準備していた。もともと、いずれも国会提出には至っていない。

カ わが国でも、嫡出子と非嫡出子の差別的取扱いは概ね解消されてきたが、本件規定の改正は実現していない。その理由に、全出生数に占める非嫡出子の割合が少なく、全体として非嫡出子を避ける傾向があること、換言すれば、家族等に関する国民意識が多様化しつつも、法律婚尊重の意識が幅広く浸透しているとみられることなどがある。

しかし、本件規定の合理性は、種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし、

非嫡出子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断さるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識の浸透や、非嫡出子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、右の法的問題の結論に直ちには結び付かない。

キ 平成七年決定以来、最高裁は本件規定を合憲としてきたが、反対意見や補足意見が繰り返し述べられており、近年は、合憲の結論を辛うじて維持してきた。

ク 右補足意見の中には、本件規定の変更は、関連規定との整合性や親族・相続制度全般に配慮した総合的判断が必要であり、また変更の効力発生時期ないし適用範囲の設定も慎重に行なうべきであるから、国会の立法によるのが適切だとし、速やかな立法措置を期待するものもある。

しかし、親族・相続制度のどの事項が非嫡出の相続分差別の見直しと関連するかは必ずしも明らかでなく、前記要綱や法律案でも、法定相続分の平等化につき、関連する親族・相続制度の改正を行なうとはされていない。そうすると、関連規定との整合性を検討する必要性は、本件規定を当然に維持する理由にはならない。

なお、平成七年決定では、法定相続分の定めが補充規定であることも考慮事情としている。しかし、本件規定の補充性からすれば、嫡出子と非嫡出子の相続分を平等とすることも何ら不合理ではない上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別であるとともに、本件規定の存在自体が非嫡出子に対する差別意識を生じさせかねないことも考慮すれば、本件規定が補充規定であることは、その合理性判断において重要性を有しない。

(三) 本件規定の合理性に関連する種々の事柄の変遷等は、いずれか一つを捉えて相続分區別を不合理とすべき決定的理由とし得るものではない。しかし、これらを総合的に考察すれば、家族という共同体における個人の尊

重がより明確に認識されてきたことは明らかである。そして、法律婚姻制度自体はわが国に定着しているとしても、右のような認識の変化に伴い、右制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとって自ら選択、修正の余地のない事柄を理由にその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきだとする考えが確立されてきている。

(四) 以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成一三年七月当時、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われていたのであり、従って、本件規定は、遅くとも平成一三年七月当時において憲法一四条一項に違反していた。

三 先例としての事実上の拘束性

(一) 本決定は、本件規定が遅くとも平成一三年七月当時において憲法一四条一項に違反していたと判断するものであり、平成七年大法廷決定並びにその後の小法廷判決及び決定が、それ以前に相続が開始した事件につき、それぞれの時点で本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない。

(二) 他方、憲法違反の法律は原則として無効であり、その法律に基づいた行為の効力も否定されるべきことからすると、本件規定が遅くとも平成一三年七月当時憲法一四条一項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、それ以降は無効となり、本件規定に基づきなされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう。

しかし、本件規定は、国民生活や身分関係の基本法である民法の一部を構成し、相続という日常的現象を規律する規定であって、平成一三年七月以降も本件規定の合憲性を前提として多くの遺産分割が行なわれ、それを基に新たな権利関係が形成される事態が広く生じていることが容易に推察される。とりわけ、本決定の違憲判断は、

長期にわたる社会状況の変化に照らし本件規定が合理性を失ったことを理由として、その違憲性を最高裁が初めて明らかにするものである。それにもかかわらず、本決定の違憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行なわれた遺産分割等の効力にも影響し、解決済みの事案にも効果が及ぶとすると、著しく法的安定性を害することになる。法的安定性は法に内在する普遍的要請であり、最高裁の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められ、このことは、裁判において本件規定を違憲と判断することの適否という点からも問題となり得る。

(三) 以上の観点からすると、既に関係者間で裁判、合意等により確定的となった法律関係まで現時点で覆すことは相当でないが、関係者間の法律関係がかかる段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当である。

従って、本決定の違憲判断は、平成一三年七月から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産分割の審判その他の裁判、遺産分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼさない。

【主な個別意見】

一 金築裁判官の補足意見

(一) いわゆる個別的効力説では、違憲判断は当該事件限りのもので、最高裁の違憲判断も違憲とされた規定を一般的に無効とする効力がないから、立法で削除ないし改正されない限り、他の事件を担当する裁判所は、当該規定の存在を前提に改めて憲法判断をしなければならない。個別的効力説における違憲判断は、他の事件に対し

て、先例としての事実上の拘束性しか有しない。とはいえ、遅くとも本件相続開始当時には本件規定が憲法に違反していた旨の判断が最高裁においてされた以上、法の平等な適用という観点からは、それ以降の相続開始に係る他の事件を担当する裁判所は、同判断に従って本件規定を違憲と判断するのが相当である。その意味で、本決定の違憲判断の効果は遡及するのが原則である。

しかし、先例としての事実上の拘束性は、同種の事件に同一の解決を与えて法の公平・平等な適用という要求に応えるものであるから、憲法の平等原則が合理的理由による例外を認めるのと同様、合理的理由に基づく例外が許されてよい。また、右の拘束性は、法的安定性の実現を図るものでもあるが、拘束性を認めるとかえって法的安定性を害するときは、その役割を後退させるべきである。本決定の違憲判断により過去の遺産分割等の効力が影響を受けると、著しく法的安定性を害するが、特に、従来の最高裁判例が合憲としてきた法令につき違憲判断を行なう場合には、判例に依拠した行為の効力を否定することは法的安定性を害する程度が更に大きい。

(二) 確かに、当該事件を離れて特定の法解釈の適用範囲を決定する行為は、立法に類するところがある。そもそも、他の事件に対する法適用の在り方につき判示することの当否も問題となる。しかし、本決定の遡及効の制限に関する判示は、予測される混乱を回避する方途を示さずに本件規定を違憲と判断することは相当でないとの見地からなされたと解され、違憲判断と密接に関連しているから、単なる傍論と評価すべきではない。

また、判例の不遡及的変更は憲法判断の場合に限られないが、法令に関する憲法判断の変更において、法的安定性の確保の要請がより深刻かつ広範な問題として現出する。法令の違憲審査については、その影響の大きさに鑑み、法令を合憲的に限定解釈するなど謙抑的手法がとられることがあるが、遡及効の制限は違憲判断の及ぶ範囲を限定するものであるから、違憲審査権の謙抑的行使と見ることもできる。

(三) いずれにせよ、違憲判断は個別的効力しか有しないから、その遡及効に関する判示を含めて、先例としての事実上の拘束性を持つ判断として、他の裁判所等により尊重され、従われることで効果を持つ。今後どのような形で関連する紛争が生ずるかは予測し難く、本決定は、違憲判断の効果の及ばない場合につき網羅的に判示しているわけでもない。各裁判所は、本決定の判示を指針としつつも、違憲判断の要否等も含めて、事案の妥当な解決のため適切な判断を行なっていく必要がある。

二 千葉裁判官の補足意見

(一) 法廷意見は、本件規定の違憲判断につき、法的安定性を害することのないよう、その効果の及ぶ範囲を一定程度に制限する判示（本件遡及効の判示）をした。

この判示は、最高裁の違憲審査権がいわゆる付随的審査制で、違憲判断の効力は個別的効力とする一般的理解からは、本件違憲判断の遡及効の有無、範囲等を、先例としての事実上の拘束性という形であれ、対象たる事件の処理を離れて他の同種事件の今後の処理に関わるものとして予め示す点で異例である。しかしこれは、法令を違憲無効とすると、それを前提に築かれた多くの法律関係等を覆滅させる危険を生じさせるため、法的安定性を大きく阻害する事態を避けるための措置であり、かかる配慮を要する事件において最高裁が法令を違憲無効と判断する際、基本的には常に必要不可欠な説示である。その意味で、本件遡及効の判示はいわゆる傍論（*obiter dictum*）でなく、判旨（*ratio decidendi*）として扱べきである。

(二) 違憲無効とされた法令を立法で廃止する際には、改正法の施行時期や経過措置につき、法的安定性を覆す弊害等を考慮して、附則で必要な手当を行なうことが想定されるが、本件遡及効の判示はこの作用と酷似しており、司法作用として可能か否か、適当か否かが問題とされるおそれがないではない。

しかし、違憲審査権は法令をも対象とするため、違憲無効と判断されると、個別的効力説を前提にしても、先例としての事実上の拘束性が広く及び、法的安定性を損なう事態の生ずることが予想される。かかる事態を避けるため、違憲判断の遡及効の有無、時期、範囲等を一定程度制限する権能、すなわち、立法が改正法の附則で施行時期等を定めるのに類した作用も、違憲審査権の一部として当初から予定されているはずであり、本件遡及効の判示は、最高裁の違憲審査権行使に性質上内在する、あるいは付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部であつて、憲法は、これを違憲審査権行使の作用として予め承認していると考えるべきである。

〔研究〕

一 はじめに

最高裁判所は、先ごろ、嫡出子と非嫡出子との間で法定相続分に差異を設けた民法九〇〇条四号但書前段の規定が、憲法一四条一項に違反し無効だとする判断を下した。^⑤昭和二二年、早くも国会の立法過程において違憲の疑いの向けられていた規定であり、下級審ではいくつか違憲判断の下った例もあったが、最高裁は長らくその合憲性を肯定してきた。今回、最高裁自身が見解を改め、本件規定を違憲とするに至ったことは、一連の訴訟における当事者の粘り強い主張と各裁判所による地道な法実務の積み重ねが司法の終局的判断を動かしたものとして、極めて重要な意味を持つであろう。

最高裁の法令違憲判断は、五年ぶり九件めのことである。だが、市民生活の基本的な在り方を規律する民法の規定を違憲としたのは初めてであり、その社会的影響もたいへん大きい。^⑥最高裁はこの点にも留意し、違憲判断の効果を慎重に限定する姿勢を示した。そのような判断の可否および当否に対する評価もまた、今後の法運用を

大きく左右することになる。本決定は、実体面でも手続面でも、詳しい検討を要するものと言わねばならない。⁽⁷⁾

二 相続における嫡出子と非嫡出子

(一) 現行法とその由来

自然人が死亡すると、生前有していた権利義務の処分が問題となる。これを規律するのが相続法制であり、憲法は、その具体化を法律に委ねた(二四条二項)。民法第五編により、相続人とその順位(八八七条ないし八九〇条)、各相続人の法定相続分(九〇〇条など、制度の大枠が定められている)。

この相続分につき、民法は均分相続の原則を採った。⁽⁸⁾ 同順位の相続人のうち、子、直系尊属または兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は相等しい(九〇〇条四号本文)。だが、そこには例外が設けられた。「嫡出でない子」の相続分を「嫡出である子」のその二分の一としたことである(同号但書前段(本件規定))。この規定は、代襲相続人の相続分に適用されるほか(九〇一条)、遺留分の算定にも準用される(一〇四四条)。民法は、相続に関して嫡出子と非嫡出子とを区別し、後者に不利な定めを置いたのである。⁽⁹⁾

本件規定は、明治民法(明治三十一年法律九号、民法(旧)第四編及び第五編。以下、明治三二年法⁽¹⁰⁾)の規定(旧一〇〇四条)をほぼそのまま踏襲したものである。規定の趣旨・目的を理解するには、立法過程における議論やその後の展開を知る必要があるが、既に詳細な研究が公にされているため、⁽¹¹⁾ここでは簡単にふれるにとどめよう。

(二) 明治三二年法と明治三一年法

死者の財産の承継は、古来連綿と行なわれてきた行為である。その時々、何かしらこれを規律するルールがあったに違いない。⁽¹²⁾ だが、相続が「法律」という法形式に組み込まれたのは、いわゆる旧民法⁽¹³⁾(明治三二年法律

二八号。以下、明治二三年法という）をもって嚆矢とする。これにより、わが国の相続制度は、単なる慣習や伝統的法制上の制度でなく、議会の関与を要する近代的法制度へと転化した。

民法は、初めて法律となったそのときから、相続について嫡出子と非嫡出子とを区別し、後者に不利な定めを置いた。明治二三年法は、初期の草案では、遺産相続にそのような区別を予定していなかったことが知られているが、この立場は法律には取り入れられていない。かえって、遺産相続にも家督相続の規定を準用し、そもそも分割相続という考え方自体を否定していた。⁽¹⁵⁾

この明治二三年法は、立法こそなされたものの、いわゆる法典論争で批判的となり、ついに施行されることなく廃止されてしまった。これに代わったのが明治三一年法であり、そこで初めて、遺産相続に分割相続の原則が採用された。だが同時に、本件規定の前身となる規定も導入される。非嫡出子にも相続分を認めながら、嫡出子との間に明文で差異を設けたのである。

第一〇〇四条 同順位ノ相続人数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シキモノトス但直系卑属数人アルトキハ庶子及ヒ私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一トス⁽¹⁶⁾

起草者は、このような区別と差異の根拠として、①法律婚が正当の婚姻であるからには、財産相続も嫡出子が本則であること、②古法に従い非嫡出子にも一定の相続を認めるが、嫡出子と同等とすると、むしろ過大な利益保護となること、などの点を挙げた。⁽¹⁷⁾ 後には、比較法的知見を援用し、わが民法における非嫡出子は、欧米諸国に比べてむしろ優遇されているのだとする主張も現われるようになる。⁽¹⁸⁾

明治三一年法のこの区別が、非嫡出子への差別に当たるとして合憲性の問われたことはない。当時の大日本帝國憲法には、一般的な平等原則が謳われていなかったし、裁判所も法令の違憲審査権を有しなかったから、それ⁽¹⁹⁾

が憲法問題として司法審査の対象となることはあり得なかった。

(三) 昭和二二年民法改正

日本国憲法が制定、施行されると、旧法の新憲法適合性という問題が生じた。民法も例外ではなく、当面、家制度や家督相続制の停止、配偶者への相続権付与などの措置がとられた。⁽²⁰⁾だが、第四編、第五編を中心に同法の抜本的改正の必要が認識され、まもなく改正法が成立することになる（昭和二二年法律二二二号）。それにもかかわらず、相続に関する嫡出子と非嫡出子の区別は維持された。文言に多少の変更はあったものの、実質的に旧一〇〇四条を継承したのが本件規定である。⁽²¹⁾

しかし、日本国憲法は人権保障の基礎に個人の尊重を置き（一三条）、すべての国民が法の下に平等であると宣言した（二四条一項）。相続の定めを法律事項としつつも、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきことを求めている（二四条二項）。本件規定が、嫡出・非嫡出という社会的身分により法的取扱いの差異を設けるものであるからには、その合憲性が問題とならざるを得なかった。実際、立法過程の初期から、さまざまな疑義が提起されている。

法案に先立つ民法改正要綱の段階で、既に、嫡出子と非嫡出子の区別を維持する方針が採られた。⁽²³⁾審議に当たった臨時法制調査会では、かかる区別が平等原則に反しないかとの疑問が出されている。⁽²⁴⁾他方で、非嫡出子については扶養の問題として考えるべきであり、相続を認めるべきでないとする意見もあった。⁽²⁵⁾これらに対して、政府側は、①民法・憲法における正当な婚姻の尊重から、嫡出子と非嫡出子に多少の差別待遇があることはやむを得ない。②他方、全然相続のできないことは気の毒なので、折衷の意味においてある差等を設けて相続人の順位に加える、と答えている。⁽²⁶⁾

改正法案が国会に提出された後にも、衆議院・参議院それぞれにおいて、本件規定案をめぐる議論があった。

個人の尊厳と平等の立場から疑問を呈する見解のほか、相続分が二分の一だと非嫡出子の出生を促進するおそれがあり、むしろ同等としてこれを抑制すべきだとの意見も述べられている。²⁷だが、政府側は一貫して改正案を擁護し、①法律上の婚姻が正当な婚姻であり、これを奨励尊重する上から、両者の区別と差異はやむを得ない。②各国の立法例にも、非嫡出子の相続分を認めないもの、また二分の一としているものがある。③そもそも、相続人や相続分は法律で決め得る事柄であり、憲法に違反しない、などと回答していた。²⁹

昭和二十二年一二月、民法改正法案が衆参両院で可決された。若干加えられた修正も、本件規定には及んでいない。かくて、嫡出子・非嫡出子間の相続分区別が、正式に現行法として採用されたのである。

三 本件規定の評価と運用

(一) 初期の学説³⁰

本件規定に対しては、法案の段階で既に、学界から疑義が寄せられていた。末弘厳太郎が「嫡出でない直系卑属にも相続権を認めること」を疑問とし、「かくの如きは、果して婚姻に関する新憲法の精神に適合するものといえるであろうか³¹」と述べたことはよく知られている。

他方で、青山道夫は末弘と反対の立場から本件規定を批判した。嫡出子と非嫡出子の差別が一定程度廃止されたことを評価しつつも、相続分の区別につき、「何故かかる差別待遇が残されねばならないかの合理的理由を見出すのに苦しむ。新憲法の個人の尊厳と平等の精神がこれでは台無しになってしまう³²」と述べている。

しかし、総じて初期の学説は、本件規定を比較的天やすく合憲としていた。例えば憲法学では、相続分に関する嫡出子と非嫡出子の区別に憲法上の問題点を見出しつつも、憲法二四条における「婚姻尊重の態度から、嫡出

ということが、身分関係にも差異を生じさせるものとして、敢て違憲とはいえないであろう⁽³³⁾とする見解、あるいは、「憲法が婚姻に重きを置いている点から見て、おそらく憲法の容認するところと見るべきであろう⁽³⁴⁾」とする見解があつた。民法学の領域でも、「嫡出でない子の相続分が嫡出子の二分の一となつてゐるのは、正当の婚姻を尊重するためであるから、一応合理的な差別と考えられる。したがつて、この差別は憲法二四条の『個人の尊厳』に反するものではない⁽³⁵⁾」と説明されていた。ときには素朴な違憲論⁽³⁶⁾も散見されたが、大勢を占めるには至らなかった。

(二) 近年の学説

しかしながら、その後、本件規定の合理性を疑問とする見解が現れる⁽³⁷⁾。近年ではむしろ、違憲論が有力だといえよう⁽³⁸⁾。さまざまな議論があるが、主として、①嫡出・非嫡出という社会的身分に基づく差別は、憲法一四条一項後段の明示的に禁止するところであるから、その合憲性は、厳格な基準または少なくとも厳格な合理性の基準により、厳しく審査さるべきである。②民法が法律婚主義を採る以上、法律婚の尊重という立法目的自体は正当だとしても、これと相続分差別との間に必然的な関係はなく、相続分の差別によつて婚外関係を抑止し得るものではない。③父母の婚姻の有無は、子の全く関与し得ないことがらであり、本人に責任のない行為により不利益を受けることは不合理である。④市民間関係を規律する一般法たる民法中に相続分の差別規定を置くことは、非嫡出子に対する法の基本的立場を表わすものと受け止められ、それが嫡出子に比べて劣つてゐるとの社会的観念を生ずる一因となる、などの点が指摘されている⁽⁴⁰⁾。

これに対して、合憲論にもなお根強い支持がある。例えば阪本昌成は、「相続分の配分は：…法律婚という形式をとることが法上推奨されるべきであること、そして、夫婦・家族の実態に即した相続は遺言の制度によつて

配慮済みであることを考えれば、法律は、法律婚の形式のほうを尊重して当然だ。相続分の差は、この法制の効果である⁽⁴¹⁾という。平成七年決定の反対意見を批判し、その後の最高裁が僅差ながらも合憲判断を踏襲している点を強調するところからみて、本件規定の区別に合理性を認める趣旨であろう⁽⁴²⁾。

民法学では、大村敦志が、平成七年決定を評して「学説の多くは大法廷判決^{ママ}の多数意見に対し批判的だが、多数意見はそれ自体としては合理性をもっている⁽⁴³⁾」という。相続分の定めは原理的観点でなく調整的観点から考察すべき問題とした上で、婚外子の区別を提唱している。すなわち、婚外子が未婚の男女間に生まれた子（単純婚外子）か、一方または双方が他者と婚姻関係にある男女間に生まれた子（重婚的婚外子）かにより、場合分けが必要だというのである。単純婚外子の場合には婚内子と区別する理由は乏しいが、重婚的婚外子の場合には、婚外の男女関係の存在によって婚姻が危殆に瀕するのを防ぐ必要がある。嫡出子・非嫡出子の相続分を均等にしても、配偶者相続分への影響はないが、「婚姻家族とそれ以外の者の取り分という観点に立つならば、婚姻の正統性は大きくゆさぶられる」ことになるから、「重婚的婚外子に限っては、九〇〇条四号但書前半をなお存続させるという選択もありえないわけではなからう⁽⁴⁴⁾」と述べている。

水野紀子は、合憲論の論拠を、主に婚姻という制度論の視点に求める。それによれば、「婚姻制度は、その制度内にはいった当事者に強い権利義務を課して他人間と異なる関係を構築するものであり、その権利義務の行使を国家が担保することによって、家族を保護する制度である⁽⁴⁵⁾」。婚姻制度による家族保護を重視するならば、制度的保護が配偶者のみならず婚姻から生じた子に及ぶとするのもあり得る考え方という。「民法は多くの対立矛盾する法益の調整を行う基本法であるから、相続分差別が子の平等原理と触れることを重視して改正されるべきだとしても、少なくとも立法によって行われるべきであり、直ちに違憲無効とはいえない⁽⁴⁶⁾」と主張している。

合憲論の多くは、必ずしも、嫡出子・非嫡出子の区別、とりわけ相続分の区別を積極的に擁護しようとするものではない。⁽⁴⁷⁾ 相続制度の法定にはさまざまな政策的判断が求められるところ、諸般の事情を考慮すれば、本件規定にもなお一定の合理性が認められるというのである。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

(三) 判例の展開⁽⁵⁰⁾

学説の議論と並んで、実務においても本件規定の合憲性が争われてきた。もともと、相続という日々生ずる行為の規律であるから、本件規定の適用さるべき事例は無数にあつたはずだが、実際には、裁判所の憲法判断が示されるようになったのはさほど古いことではない。

まず、下級裁判所がいくつか合憲判断を下した。比較的たやすく、本件規定の合理性を認めている。⁽⁵¹⁾ だがその後、これを違憲とする裁判例が現われた。それによれば、①正当な婚姻の尊重と法律婚の保護という本件規定の立法目的自体は、憲法二四条に照らして重要なものといえる。他方、②非嫡出子の個人の尊厳も等しく保護されねばならないが、相続分の区別による婚外子の抑止は期待できない反面、非嫡出子にとっては、自己の意思や努力によつてはいかんともしがたい事由により不利益な取扱いを受ける結果となっている。かくて、③本件規定は、適法な婚姻に基づく家族関係の保護という立法目的を達成する上で実質的関連性を有するか疑わしく、憲法一四条一項に違反する、というのである。⁽⁵²⁾

ところが最高裁は、平成七年大法廷決定で、このような下級審の法解釈を否定した。憲法は合理的区別を許容するとの前提の下、①法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合などの補充規定である。②相続制度の規定は、立法府の合理的な裁量判断に委ねられている。③民法が法律婚主義を採用した結果、嫡出子と非嫡出子との区別が生じ、法的差異が生ずるのはやむを得ない。④本件規定は、法律婚主義の下、法律上の配偶

者と嫡出子を優遇する一方で、非嫡出子にも一定の相続分を認めてその保護を図ったものである、などの理由を挙げて、本件規定は、立法理由に合理的根拠があり、その区別が立法理由との関連で著しく不合理なものではなく、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないから、憲法一四条一項に違反しない、と判示している。⁽⁵³⁾

この判断は、確かに、その後の法運用に一定の影響を及ぼした。下級審では、本件規定の適用違憲を主張する当事者に対して、平成七年決定に従いこれを退けた例や、同決定を変更すべき理由は見出せないとした例⁽⁵⁴⁾、さらには、ほとんど議論なく同決定に従った例などがある。最高裁自身もまた、その後しばしば平成七年決定を踏襲し、本件規定を合憲とする判断を重ねてきた。⁽⁵⁷⁾

しかしながら、最高裁の合憲判断は常に反対意見を伴っており、あるいは、多数意見に与しながらも違憲の疑いが強いとする補足意見が述べられるなど、裁判官の間でも見解の一致を見ていないことが伺われた。そのためもあるが、下級裁判所はなお、少なからぬ事件で本件規定の合憲性に疑義を投げかけてきた。例えば、平成七年決定等における合憲判断の基準時（当該事件の相続開始時）以降、数年の時間が経過し諸事情が変化したとして、先例との区別（*distinction*）を行ない本件規定を違憲とした例⁽⁵⁸⁾、また、規定自体は合憲としつつも、被相続人が一度も婚姻したことのない状態で出生した非嫡出子にこれを適用することは、本件規定の立法理由によって正当化し得ないとして、適用違憲判断を下した例などがある⁽⁵⁹⁾。さらに、第一審が端的に法令違憲判断を下した後、控訴審が、先例への配慮を示して法令自体は合憲としながら、実子たる非嫡出子と養子たる嫡出子との間では本件規定を正当化する理由はないとして、適用違憲判断を下した例⁽⁶¹⁾もある。

下級裁判所は、最高裁が何度も重ねた法解釈に対し、さまざまな手法を用いてこれを免れる試みを行なってきた。

た。最高裁の確立した（少なくとも、常に多数意見を形成してきた）法解釈に、下級審がこれほど繰り返して異を唱えてきたのは、わが国の法運用の歴史の中で極めて異例なことであつたといえよう。⁽⁶²⁾そして、これらの判断が下級審段階で確定することも少なくとも、当事者も、裁判所のかかる判断を一定程度受け入れてきたと言いうるのである。⁽⁶³⁾

このようにして、本件規定の合憲性をめぐっては、学説においても実務においても大きな見解の対立があつた。平成七年大法廷決定によりひとたび有権解釈が示された後も、議論は止むことなく、むしろ下級裁判所は、法解釈技術を駆使してこれと異なる結論を導くことを辞さなかつた。先例の見直しが学界及び下級審からの要請であつたというべく、最高裁には、改めてその見解を示すことが強く求められていた。そして今回、ようやくその機会が巡ってきたのである。⁽⁶⁴⁾

四 違憲判断の論理

最高裁判所は、本決定において、従来の法解釈を改め、本件規定が憲法一四条一項に違反し無効であるとの新たな判断を示した。近年有力であつた違憲論の立場からは、「本決定は出るべくして出た判断」⁽⁶⁵⁾であり、むしろ「遲きに失した感さえある」と受け止められている。

しかし、本決定は明示的に、平成七年大法廷決定やその後の小法廷判決及び決定の合憲判断を変更するものではないと述べており、これらの先例自体に批判的であつた違憲論とは一線を画する内容をもつ。それにもかかわらず、その立論は必ずしも明確でなく、「違憲の論理に渴望」⁽⁶⁷⁾欠乏している」とか、「違憲判断を首尾一貫した論理によって基礎づけることに成功しているかどうか：…なお議論の余地がある」⁽⁶⁸⁾との評価を受けるものとなっている。

本決定を理解するには、先例との関係を明らかにする必要がある。とりわけ、平成七年決定との異同が重要である。

(一) 合憲性の判断基準

平成七年決定は、本件規定の合憲性審査に緩やかな基準を用いた。「嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四条一項に反するものということはできない」という。いわゆる合理性の基準に当たるが、区別の理由に合理的根拠を求めるほか、具体的な区別の定めを違憲とするには、当該理由との関係で「著しく不合理」であることを要するとした点で、いつそう緩やかな審査を行なったものといえよう。かかる基準を用いる根拠を、同決定は、①相続制度の定め方如何は、立法府の合理的裁量判断に委ねられていること、②法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合などに補充的に機能する規定であること、の二点に求めている。本決定もまた、判断の基準として規定の合理性を挙げた。相続制度の定めは立法府の合理的裁量判断に委ねられているとの前提の下、「嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否か」について、「立法府に与えられた……裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法一四条一項に違反する」と述べている。本決定は、両者を「同旨の判断基準」とあるという。そこから直ちに、二つの問題が生じよう。第一に、本件で平成七年決定と同じ基準を用いたことは正当か。第二に、両者は本当に同じ基準を用いたものといえるのか。

上述の通り、平成七年決定は、緩やかな基準の根拠の一つに本件規定の補充規定性を挙げていた。ところが本

決定は、正面からこの点を否定する。①補充規定であれば、相続分を平等としても不合理ではない（補充性自体は、相続分の平等・不平等と必然的な結びつきはない）。②本件規定が遺留分に準用される限りで、遺言によっても侵害し得ず（強行規定性をもつ）、明確な差別となる。さらに、③規定が存在することで、非嫡出子への差別意識を生むおそれがある、などの理由から、「本件規定が補充規定であることは、その合理性判断において重要性を有しない」というのである。

かかる見解自体は、決して目新しいものではない。実際、既に先例においても、個別意見のしばしば指摘するところであった。⁽⁷⁰⁾しかし、法廷意見によるその説示は、より大きな意味をもつ。立法裁量を広く捉えた平成七年決定の根拠の一つが、最高裁自身によつて退けられたのであり、そうだとすれば、何かしら他の正当化のなされない限り、「同旨の判断基準」では足りないものと言わざるを得ない。本件では、より厳しい基準が立てられて然るべきであった。

とはいえ実際には、本決定は一定の厳格な審査を行なっている。それは、法律の合理性に対する不断の検討・吟味を強調した点に現れているであろう。

平成七年決定において、最高裁は、本件規定を含む関連法令の立法及び若干の改正過程に言及したのみで、直ちにその合理性の判断へと進んだ。そこでは、立法後に生じた諸事情に対する特段の配慮はみられない。同決定が問題としたのは、立法時ないし法改正時に示された本件規定の立法理由とその手段の合理性である。換言すれば、そこで審査されたのは、法律の規定に体现された立法者意思の当否だったのであり、その結果、裁判所は違憲審査権を抑制的に行使し、立法府の判断を尊重することになった。

それに対して、本決定は、法定相続分を定める際に考慮さるべき諸事情が時代とともに変遷することを認めた。

だからこそ、その定め of 合理性・合憲性も「不断に検討され、吟味されねばならない」。実際、本決定は、立法後、近時に至るまでの諸々の事象を挙げて、規定の合理性を判断するための考慮要素としている。これらは、法律が立法府の手を離れて後に生じた事柄であるから、立法者の考慮の及んでいないものであり、従って裁判所は、過去の立法者意思が、現在（より正確には、本件相続開始時）の事実にとって合理的であるか否か、自ら判断を下さねばならない。そこでは必然的に、立法者とは異なった独自の法的評価が求められることになる。⁽⁷⁾

のみならず、本決定からは、本件規定の合理性に関する司法判断を、政治部門のそれに優位させる思考を見出すことができる。法廷意見は、①政府が早くから、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を平等とする民法改正を審議し、改正法案等を準備していたこと、②それにもかかわらず、未だ法改正はもちろん、法案提出すら実現していないこと、そして、③その背景には、一定の社会的事実や国民意識が存在していたこと、等々の点を認めた。ところが最高裁は、これらの事実をもつて、立法者が本件規定を維持する意思を示したもの、あるいは少なくとも、法改正に消極的な態度を表したものと見ない。むしろ、本件規定の合理性が憲法の諸原則に照らして判断さるべき法的问题であることを強調し、右事実と法的判断との切断を試みる。「法的问题」であるからには、その終局的判断権が司法部に属すること言うまでもない。

「同旨の判断基準」という最高裁の自己認識にもかかわらず、本決定は決して、単に平成七年決定に倣ったものではない。そこには端なくも、政治部門の判断に対する「司法権の優位」の原則が現れており、それが、本件規定に対する審査密度を高め、より積極的な違憲審査を促すことになったものである。

(二) 立法理由とその手段

さて、平成七年決定は、本件規定の審査に当たって、最高裁がこれまでしばしば依拠してきた判断枠組みを用

いていた。いわゆる目的・手段審査である。文字通りには、規定の「立法理由」の合理性と、そのために採られた「区別」の著しい不合理性を問うたのであるが、実質的に、立法目的とその手段を問題としたものと理解してよからう。⁽⁷²⁾

ところが本決定は、一見そうした枠組みを採らないかのようなのである。法廷意見のなかに、本件規定の立法理由に関する特段の説示はなく、もっぱら相続分区別の合理性を論じている。そこで、本決定は「立法理由を表立って言わず、それゆえ立法理由と本件区別との『関連性』を論証しないで、『長期にわたる社会状況の変化に照らし、本件規定がその合理性を失ったことを理由として』本件規定の違憲性を最高裁として初めて明らかにした」⁽⁷³⁾との指摘がなされ、さらには、「本決定は嫡出子と嫡出でない子との間の些かの差等も許されないとの判断を下したのであるから、法律婚主義と本件区別との論理的なつながりは切断された……。嫡出でない子の保護との調整という立法理由はもやは意味を失った」⁽⁷⁴⁾とする評価も下されることになる。

しかし、最高裁の真意はそこにはないのではなからうか。上述のように、法廷意見は、本決定と平成七年決定とを「同旨の判断基準」であるとしていた。最高裁自身は、平成七年決定を一つの前提と考えており、そのすべてを変更する意図を有していない。明示的に異なる判断のない限り、平成七年決定に依拠したものと理解すべく、立法理由の合理性についてもそれが当てはまるであろう。

そもそも本件では、下級審以来、本件規定の立法目的・立法理由の合理性が肯定されてきた。抗告人（Yら）側もまた、本件規定の立法目的は法律婚の尊重、保護にあるとして、それ自体は正当と認めている。そのうえで、当該目的を実現するための手段として本件区別を設けること、およびその区別の大きさについては十分な合理的根拠が存しないと主張した。⁽⁷⁵⁾ 実務上の観点からは、最高裁が本件の主たる争点を規定の手段的側面に求め、区別

の合理性に審査の焦点を当てたのは、ある意味当然のことであつたように思われる。

一体、平成七年決定の挙げた法律婚の尊重も非嫡出子の保護も、それ自体は決して不合理なものではなからう。わが法制は法律婚主義を採るが、それは法律によつて初めて生じた原則ではない。憲法自身、婚姻の定めを法律に委ねているからには(二四条二項)、具体的にいかなる婚姻制度を設けるかは格別、法律婚主義自体は憲法上の原則である。その尊重が、不合理な目的ではあり得ない⁽⁷⁶⁾。他方、法律婚主義の下であれ、婚姻外で生まれる子が存在するという事実是否定しようもないから、立法者が非嫡出子の側に一定の保護の必要性を認めたとしても、特に不合理な判断ではあるまい⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾。従つて、問題は結局、そのような目的に対する具体的な法律の定め⁽⁷⁹⁾の当否に帰着する。本件規定の定める相続分區別が右目的にとつて適格的であるのか否か、それは立法の目的・理由との関連なくして判断し得る事柄ではなからう⁽⁸⁰⁾。もちろん、立法目的と一定の関連性をもつ手段であつても、他の憲法原理(本件では、個人の尊厳と法の下の平等)に反する場合⁽⁸¹⁾にはこれを探ることができない。だが、憲法原理に反するか否かの判断は違憲審査そのものであるから、それ自体、最高裁の依拠してきた目的・手段審査の枠組みの下、「手段」の当否という観点からなされることになる。

本決定は必ずしも、本件規定の立法理由の審査が不要と考えているのではなからう。また、手段の合理性を立法理由と切り離して審査したのでもない。ただ単に、平成七年決定を引用することで立法理由への言及を最小限にとどめ、審査の中心を、本件規定の手段的側面たる区別の合理性に向けたものと解される。

(三) 本件規定の不合理性

かくて最高裁は、本件の主たる争点を、立法府が諸々の事柄を総合的に考慮して定めるべき相続制度全体の中でも、「本件規定により嫡出子と非嫡出子との間で生ずる法定相続分に関する区別が合理的理由のない差別的取

扱いに当たるか否か」にあるものと見定めた。立法府の裁量権を考慮しても、かかる区別に合理的根拠の認められない場合には違憲となる。しかも、それらの事柄は「時代と共に変遷する」から、その定め合理性は、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」。

そこで議論は、本件規定の合理性を決すべき諸事実の検討・吟味へと進む。一見多岐にわたるようだが、検討の趣旨はむしろ平明である。考察の起点を昭和二二年民法改正に求め、①その背景に、相続財産を嫡出の子孫に承継させる気風と、法律婚を正当な婚姻として尊重、保護する反面、法律婚以外の男女関係や、その中で生まれた子に対する差別的な国民意識があったこと、また、②国会審議において、当時の諸外国の立法例が本件規定に影響を与えたことを指摘している（ア前段）。要するに、本件規定の制定には①国内的要因と②国際的要因があったというのであり、従ってその後の行論は、この数十年間で両者がいずれも変化したことを示そうとするものである。そこには、一定の事実をもって事情変化の積極的根拠とするもの（ア後段、イ、ウ、エ、オ前段、キ）と、一見変化を否定するかに見える事実につき、他の理由を挙げてこれを消極的根拠と認めないもの（オ後段、カ、ク）とが混在しており、それらが単なる事実の摘示でなく、評価を伴う意見の表明であることがわかる。⁸¹

ところが最高裁は、そこから結論へと大胆な飛躍を行なった。右の諸事実の変遷は「いずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない」。それにもかかわらず、これらを「総合的に考察」すれば、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたこと」が明らかであり、わが国に法律婚制度が定着しているとしても、父母が婚姻関係になかったという「子にとつては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え」が確立されてきている、というのである。

一つひとつは決定的理由とならないものが、いくつか集まれば何かを証拠立てることになるのか、素朴な疑問を禁じ得ないところだが、ここはひとまず、そもそも総合的考察とはそのようなものだと理解しておこう。だが、そこから導かれる結論の当否は、また別の問題である。一体、法廷意見で指摘された諸々の事実、その結論を正当化するであろうか。⁽⁸²⁾

最高裁は特に、昭和二二年民法改正時から現在までの社会の動向、わが国における家族形態の多様化や国民意識の変化（ア）、諸外国の立法の趨勢（イ）およびわが国が批准した条約とこれに基づく委員会からの指摘（ウ）、嫡出子と非嫡出子の区別に関わる法制等の変化（エ）、さらに、最高裁の先例における問題点の指摘（キ）等を重視している。

確かに、（イ）は本件規定を支えていた国際的要因が失われたことを意味するし、また（エ）は、わが法制から子の嫡出・非嫡出という属性を捨象した例と捉えるならば、「個人」の尊重に結びつくものと言ってよいかもしれない。だが、その他の例には疑問が残る。（ア）は単に、婚姻・家族形態の多様化と国民意識の多様化をいうだけであり、「多様化」である以上、本決定の結論とは異なった認識・考えを当然に排除するものではない。（ウ）や（キ）はむしろ、個人の尊重という考えが社会に実現していないからこそ、国際機関から、また先例中の「少数」意見から批判が寄せられたのだということもできよう。さらに、特に挙げられなかった（オ）や（カ）は、端的に、相続分区別の廃止が言われながらも、未だ立法府の支持を得ていない事実を示している。（ク）もまた、本件規定につき立法的解決を期待する見解であり、本決定の結論とは異なった主張を行なうものであった。

このようにして、最高裁の立論とその到達した結論との間には、極めて大きな懸隔があると言わざるを得ない。本決定を高く評価する学説が、それにもかかわらず、その論理について強い疑義を表明しているゆえんである。⁽⁸³⁾

思うに、最高裁は、先例の維持を一つの課題としたために、その正当化の過程で議論に無理を生じてしまったのではなからうか。本決定は、わざわざ、平成七年決定以来の合憲判断を変更するものではないと述べた。これまで数回にわたって示してきた自己の法解釈を、それ自体は維持しながら、今回「初めて」別の解釈を提示するというのである。当然、相応の理由づけが必要となるが、法律の規定が変わらない以上、その理由は法律そのものでなく、それを取り巻く環境の側に求めざるを得ない。最高裁はこれを、立法府が具体的な相続制度を定める際に考慮すべき事柄の変遷の中に見出そうとした。

確かに、「ある法律の制定当時の立法事実」に照らして制定当時は合憲とした上で、その後の立法事実の変化をたどりながらその後の時点での合憲性を判断するという手法は、二件の議員定数配分規定違憲判決をはじめ、多くの判例にみられるところであり、特に目新しいものではない⁽⁸⁴⁾。しかし、例えば定数不均衡問題と本件とは、必ずしも同列に論じ得ないところがあるろう。

前者においては、人口移動に伴う投票価値の較差の拡大が問題となった。立法当初は合憲であった較差が後に違憲状態へと転じたのであり、⁽⁸⁵⁾ いかなる較差をもって不合理な差別とみるか、判断の基準については見解の相違があり得ても、⁽⁸⁶⁾ 較差の拡大自体は客観的事実として認定することができた。

それに対して、本件の場合、本件規定の合理性を支える事実（立法事実）の変遷が検討・吟味されているが、それは単なる事実の摘示ではない。同時に、ある事実が本件規定の合理性を支持するか否かの評価を含む。より正確には、もはや合理性が失われたことを示す事実が選び採られているのであり、⁽⁸⁷⁾ それゆえ、一見反対の結論を導く余地のある事実については、事実の外から、批判的解釈が加えられることになる。要するに、本件のごとき事案にあつては、事実の変遷は契機にすぎない。より重要なのは、そうした事実に対する評価ないし意味づけの

変化なのである⁽⁸⁸⁾。

実際、こうした事実の変遷自体は、少なくとも部分的には、既に平成七年決定において認識されていた。前述の通り、同決定の法廷意見は、何ら事実の変遷を考慮に入れていない。しかし、五裁判官の反対意見が、法律の「合憲性を判断するに当たっては、制定当時の立法目的と共に、その後に生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない」と主張しており、裁判官の間で一定の議論のあったことが伺われる。反対意見は、非嫡出子に関する諸外国の立法状況の変化、国内における法改正の動き、および人権条約の締結等を挙げて、本件規定の不合理性を論じていた⁽⁸⁹⁾。

それに応答したのは、法廷意見でなく、大西裁判官の補足意見（園部裁判官が同調）であった。非嫡出子の相続分をめぐる諸事情が国内的にも国際的にも大幅に変容し、制定当時の合理性が失われつつあることを認めながら、なお本件規定が、立法理由との関連で著しく不合理とまでは断定できないという⁽⁹⁰⁾。さらに、千種、河合裁判官の補足意見は、本件規定の制定後、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利を重視する観点からその合理性が疑問されていることは理解しながらも、その対処は立法による改正が至当であるとしていた⁽⁹¹⁾。

このように、平成七年決定において裁判官の判断を分けたのは、事実そのものよりも、むしろ事実に対する評価であった。多くの裁判官が諸事実の変化を認識していたものの、それにより本件規定が不合理となったと認めたのは五裁判官にとどまる。その後の判決・決定でも、事実の変化による本件規定の不合理化を指摘する意見はあったが、多数を占めるには至らなかった。では、なぜ本決定では、裁判官が全員一致で⁽⁹²⁾、これらの事実の変遷が本件規定の不合理性を根拠づけると認めたのか。立法時からの時間的距離が拡大したため、変化はいっそう進んだかもしれないが、所詮程度の問題にすぎない。必要なのは、評価の変更に根拠だったのであり、事実の変化

をもってそれを説明しようとしたところに、そもそも無理があったように思われる。

最高裁は、本件違憲判断の根拠を、もつと率直に語るべきであつたろう。⁽⁹³⁾ すなわち、「個人の尊厳と法の下
 の平等を定める憲法」そのものである。法廷意見が正しく指摘するように、本件規定の合理性は「法的问题」であつ
 て、事実問題ではない。法律婚に関する意識や非嫡出子の出生数、諸外国と比較した出生割合その他、数々の事
 実をいくら積み重ねても、それだけで「法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない」のであり、裁判所
 による法的評価が不可欠である。最高裁は正面から、わが憲法は「家族という共同体における個人の尊重」を要
 請しており、「子にとって自ら選択、修正の余地のない事柄を理由にその子に不利益を及ぼすことは許されず、
 子を個人として尊重し、その権利を保障すべき」であると宣言しなければならなかつた。その法的根拠は、これ
 まで違憲論が十二分に指摘してきたところである。憲法の意味は、諸事実の変遷や国民意識の変化によって決ま
 るのではなく、終局的には、有権解釈権を有する最高裁判所の解釈に依拠する。最高裁は、事実や国民意識を弁
 明とすることなく、自らの権限と責任において、「個人の尊厳と法の下の平等」がわが憲法の要請であり、これ
 に照らせば、本件規定は「嫡出でない子の権利」を「不当に侵害」するものだと言ふ必要があつたのである。
 もちろん、そのような説示は、平成七年決定の全面的変更を余儀なくすることであらう。同決定自体を批判し
 ていた違憲論ならば格別、それは本決定の採る立場ではなかつた。実務に与る最高裁が、先例を維持すること
 で違憲判断に伴う法的混乱を最小限にとどめようとしたのは、必ずしも理解し得ないものではない。だが、そのた
 めに、本件規定に対する憲法的評価を改めるに当たつて事実の変遷を強調し、肝心の「法的问题」に正面から取
 り組むことを回避してしまつた。残すところの多い決定であつたと言わねばなるまい。

(四) 違憲判断の基準時とその射程

ともあれ最高裁は、本件規定が違憲であるとの結論に達した。遅くとも平成一三年七月には、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われており、従って憲法一四一条一項に違反していたという。

平成一三年七月という時期そのものに、特段の意味があるわけではない。わが憲法下の違憲審査制はいわゆる付随的審査制であり(八一条)、法令の違憲審査も、具体的事件に対する司法権行使に伴ってのみ行なわれる。それゆえ、違憲判断も当該事件の解決のために下されるのを原則とし、その内容や効果も、まずは当該事件と関連づけて理解されねばならない。本件は、被相続人Aの遺産分割が求められた事件であるから、その相続開始時にこれを支配する法が何であるかを決定する必要がある。従って、その時点で本件規定が違憲であったと判断されたものである。⁽⁹⁴⁾

また、違憲判断の妥当する範囲も、ひとまず、当該事件の事案によって規定される。本件は、いわゆる「重婚的婚外子」の事例であり、その他の事案にあつては別の判断の下される余地もないわけではない。だが、法廷意見は事案の個別性に特に留意しておらず、また、違憲の根拠を諸事情の変遷に求めながらも、最終的には「家族という共同体の中における個人の尊重」という一般的原则を判断の決め手としていることから、本決定は事例判断を行なったものではなく、広く本件規定の違憲性を認めたものと解されよう。⁽⁹⁵⁾

五 違憲判断の効果

さて、本件規定を違憲とした最高裁は、続いて、この判断が今後の法実務に及ぼす効果について検討している。違憲の法律は無効だが(九八条一項)、本件で問題となった民法は市民生活の基本的関係を規律する法であるから、その無効は社会全体に対して広範かつ重大な影響をもたらす。それゆえ、現に違憲判断が下ったからには、爾後、

本件規定の適用さるべき事件がどのように審理・判断されるのか、適切な指針が必要となる。⁽⁹⁶⁾

ところが最高裁は、この点でも、十分に議論を尽くしたとは言い難い。違憲判断の効果に一定の限定を加えているが、そこにはなお曖昧な点が残されているよう。簡潔に述べられた法廷意見から最高裁の真意を推し量ることは困難だが、個別意見をも手がかりとしながら、若干の問題点を指摘しておきたい。

(一) 本決定の諸効果

まず初めに、最高裁自身の立場を確認しておこう。法廷意見は、大要、次のように述べた。

① 本件規定は、遅くとも平成一三年七月には憲法一四条一項に違反していたが、本決定は、平成七年大法廷決定その他による、それ以前の時点での合憲判断を変更しない。

② 他方、本決定の先例としての事実上の拘束性により、本件規定は右時点以降は無効であり、それに基づく裁判や合意の効力も否定されるのが原則である。

③ しかし、右の時点以降約一二年が経過し、本件規定の合憲性を前提に多くの遺産分割が行なわれ、またそれに基づく新たな権利関係も形成されている。本決定の違憲判断が、既に行なわれた遺産分割等の効力にも影響するとすれば、著しく法的安定性を害する。法的安定性は法に内在する普遍的要請であり、最高裁の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められる。

④ 以上の観点から、既に関係者間で裁判、合意等により確定的となった法律関係まで現時点で覆すことは相当地でないが、関係者間の法律関係がかかる段階に至っていない事案であれば、本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当である。

⑤ 従って、本決定の違憲判断は、平成一三年七月から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規

定を前提になされた遺産分割の審判その他の裁判、遺産分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼさない。

このように、最高裁は、本件違憲判断に伴う効果を一部限定する判断を示した。では、そもそも本決定は、どのような法的効果を有しているのか。最高裁は、そのいずれを限定しようというのか。いくつかの側面を区別することができる。

第一に、本件違憲判断が、法令の効力に対して及ぼす効果がある。憲法学の古典的論点の一つ、違憲判決の効力に関する問題である。学説上はなお議論があるものの、⁹⁷ 実務では当初から、いわゆる個別的効力説に基づいた処理が行なわれてきた。⁹⁸ 法廷意見が、本件規定は平成一三年七月「以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることとな」と述べているのは、一般的効力を示唆するかのようであるが、それは最高裁の立場ではあるまい。⁹⁹ 金築、千葉裁判官の各補足意見が指摘するように、本決定も、付随的違憲審査制と違憲判断の個別的効力を前提としているものと解すべきであろう。従って、本件違憲判断も、本件規定そのものを一般的に無効とすることはなく、当面、本件に限って適用が排除されるにとどまる。

第二に、本件判断が、平成七年決定その他の先例に及ぼす効果を考えることができる。すなわち、本決定が判例変更に当たるか否かの問題である。最高裁自身は、過去の合憲判断を変更するものではないと述べており、一見これを否定するかのようだが、本決定は紛れもなく「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」裁判所法一〇条三号に該当するから、現行法の予定する「判例変更」に当たるとは明らかである。右説示が違憲判断の基準時を確認した後に述べられていることからすれば、その趣旨は、本決定は本件相続開始時における違憲性を認定したにとどまり、それ以前の時点における憲法的評価を含まない

ことを示すところにあると解される。⁽¹⁰⁰⁾

最も問題となるのは、本決定が今後の裁判に対して及ぼす効果である。司法部の頂点に位置する最高裁が、その法解釈の実際の運用について配慮するのは当然であり、本決定の主たる関心もこの点に向けられている。その結論は、「本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではない」というものであった。

(二) 本決定の遡及効と事実上の拘束性

これは、最高裁が本件違憲判断について、ひとまず遡及効を認めたことを意味する。平成七年決定では、五裁判官の反対意見が、本件規定を違憲としつつも、法的安定性を維持するため、その効力を遡及させない可能性に言及していた。⁽¹⁰¹⁾ だが、そもそも裁判は、過去の事件に対する現在の（より正確には、裁判時の）法的判断であるから、その効果が時間的に遡及するのは当然である。違憲判断の遡及効を否定し、将来効のみを持たせるならば、合憲性の争われたまさにその事件には当該判断が適用されない結果となるが、それでは当事者の権利救済に欠けることになってしまう。⁽¹⁰²⁾

もちろん、違憲判断に伴う法運用の混乱を回避することは、実務にとって極めて重要な要請である。⁽¹⁰³⁾ そこで本決定も、本件判断が遡及効を持つことを前提としながら、その範囲を限定することで、具体的に妥当な解決を図ろうとしたものである。⁽¹⁰⁴⁾

ところが最高裁は、これを判例の拘束力の問題と結びつけて論じてしまった。本件規定が平成一三年七月以降無効であり、本件規定に基づいてなされた裁判や合意の効力等が否定されるのは、「本決定の先例としての事実

上の拘束性」によるのだという。本件判断が過去の遺産分割等の効力にも影響するとすれば、著しく法的安定性を害することとなるから、最高裁の違憲判断も、その「先例としての事実上の拘束性」を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められると述べている。

この説示に対しては、「判例の遡及効と先例拘束性の混同が見られる」との批判がある。「判例は遡及効をもつのが原則」だが、「法政策的見地から遡及効を遮断することはありうるし、それが妥当である。しかし、それは先例拘束性の問題とは異なる。先例拘束性とは：将来生ずべき同種の事件の処理にあたって、ある時点における裁判所の判断が後の裁判所の判断を拘束するということである。過去の事件の処理は先例拘束性の問題ではない」というのである。⁽¹⁶⁾

確かに、判例の遡及効と先例拘束性の問題とは、ひとまず区別して論じられなければならない。⁽¹⁷⁾ 前者は、裁判時の法的判断が過去の事件を拘束するか否かの問題であるのに対し、後者は、裁判時の判断が、その後の裁判を拘束するか否かの問題である。とはいえ、最高裁の論じ方にも、全く理由がなかったわけではなからう。そこで想定されていたのは、主として、平成一三年七月以降に開始された相続をめぐる事件を、爾後の裁判がいかに取り扱うかという課題だったからである。

遡及効といっても、既に生じた事実そのものを変更することはできない。事実に対する法的評価を改めるだけである。しかも、新たに示された法解釈に基づいて過去の事件の法的評価を下すのも、それ自体は爾後の裁判を経て行なわれなければならない。最高裁としては、今後の裁判への指針となることを含意しつつ、「先例としての事実上の拘束性」というかたちで論じたものであろう。もちろん、金築補足意見の指摘する通り、かかる判示は過去の最高裁判例にはなかったものであり、そのような術語を特段の説明なく用いることの妥当性には疑問が

ある。⁽¹⁰⁸⁾ 本決定は、端的に、本件違憲判断のもと「遡及効」の限定を語るべきだったのであり、これを判例の拘束力と結びつけて、あるいは混同して論じたために、議論が不明確なものとなったことは否めない。⁽¹⁰⁹⁾

(三) 遡及効限定の法的根拠

いずれにせよ、最高裁が、本件違憲判断を過去の同種の事件すべてには適用し得ないと考えたことに疑いはない。そこで、その効果を一部限定することとした。だが、かかる判断の可否についても、必ずしも十分に論じられてはいないであろう。⁽¹¹⁰⁾ 裁判所は、なぜこのような判断をすべきなのか。否、そもそもこのような判断をなし得るのか。

前者は、いわば効力限定の必要性の問題である。法廷意見はこれを、もっぱら法的安定性の要請に求めた。「法的安定性は法に内在する普遍的な要請」であり、本件違憲判断も、その効力を限定し「法的安定性の確保との調和を図ることが求められる」という。

この点は、先例にあつても、とりわけ個別意見のしばしば言及するところであつた。例えば、平成七年決定における五裁判官の反対意見は、「従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行つて、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められたときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である」と述べていた。⁽¹¹²⁾ 平成一五年判決においても、島田裁判官の補足意見が、「本件規定は、相続制度の一部分を構成するものとして、国民の生活に不断に機能しているものであるから、これを違憲としてその適用を排除するには、その遡及効や関連規定との整合性の問題等について十分な検討と準備が必要である。それなしに直ちに違憲無効の判決をすると、大きな混乱を招いて法的安定性が著しく損

なわれることは避けがたい¹¹³⁾と指摘している。そこで、実際に違憲判断を下した本決定にあっても、これらの指摘に應えるべく、法的安定性を確保する見地から一定の対応が必要と考えたものである。

それに対して、後者はいわば許容性の問題である。一休裁判所は、自ら判決の効力を限定することができるものだろうか。

平成七年決定の反対意見は、かかる判断が「可能である」というにとどまり、特段の根拠を示してはいない。反対意見であるから、必ずしもそこまでの議論が求められなかったともいえよう。他方で、平成一二年決定における藤井裁判官の補足意見は、このような判断に対して強い疑念を表明した。裁判所が判決中に「法創造的契機を持ち込むことは…慎重な検討を必要とする¹¹⁴⁾」という。従って、最高裁には、この問題についてこそ詳しい説示が求められたはずである。

ところが法廷意見は、この点につきほとんど述べるところがない。法的安定性の要請から、本件判示の効力を限定すべきとした上で、直ちに遡及・不遡及の判別の議論へと進んでいる。そこには、論旨の重大な欠落があると言わねばならない。

法廷意見に代わってこれに答えようとしたのが、金築、千葉裁判官の補足意見であった。金築補足意見は、効力限定の根拠を、一般的な法原則と違憲審査権行使のあり方との二つの側面から論じている。すなわち、①「先例としての事実上の拘束性」は、法の公平・平等な適用という要求に応えるものであるから、平等原則と同様、合理的理由に基づく例外が許されてよい。②右の拘束性は、法的安定性の実現を図るものでもあるが、拘束性を認めるとかえって法的安定性を害するときは、その役割を後退させるべきである。③法令の憲法判断の変更では、法的安定性の確保の要請がより深刻かつ広範な問題となるところ、遡及効の制限は違憲判断の及ぶ範囲を限定す

るもので、違憲審査権の謙抑的行使と見ることもできる、などの点を指摘した。

これに對して、千葉補足意見は、いっそう違憲審査の場合に特化した立論となっている。すなわち、①法令の違憲無効は、それを前提とした多くの法律関係等を覆滅させる危険を生じさせるため、その効力の限定は法的安定性を大きく阻害する事態を避けるための措置であり、かかる配慮を要する事件で最高裁が法令を違憲無効と判断する際、常に必要不可欠な説示である。⁽¹⁵⁾②法令が違憲無効と判断されると、そのままでは法的安定性を損なう事態の生ずることが予想されるどころ、かかる事態を避けるため、違憲判断の遡及効の有無、時期、範囲等を一定程度制限する権能、すなわち、立法がその施行時期等を定めるのに類した作用も、違憲審査権の一部として予定されているはずであり、本件遡及効の判示は、最高裁の違憲審査権行使に性質上内在する、あるいは付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部であつて、憲法は、これを違憲審査権行使の作用として予め承認していると考えるべきだ、というのである。

最高裁による判例変更は必ずしも少なくないが、その遡及効を限定する判断は初めてのことである。それだけにいっそう、かかる判断の可否その他の手続面について、最高裁自身の立場が明確に示されるべきであつた。それは判例一般に妥当する普遍的問題なのか、それとも、憲法判例の場合には、何ほどか特別の考慮を要するものなのか。学説においても、必ずしも十分に解明されたとはいえない問題である。⁽¹⁶⁾両裁判官の意見は、未だ十分な議論とは言えないかもしれないが、これらの問題に正面から取り組んだことは高い評価に値するであらう。

(四) 遡及・不遡及のメルクマール

最後に、本件違憲判断がいかなる事件に及び、いかなる事件には及ばないのか、判別することが必要となる。法廷意見は、そのメルクマールを法律関係の確定性に求めた。「既に関係者間において裁判、合意等により、確

定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当である」という。

だがここでも、ただ結論を述べるにとどまっており、その理由は全く述べられていない。また、何をもって「確定的なもの」となったと見るのか、基準自体も抽象的で、その運用の実効性にも疑問が残るであろう。法廷意見は、可分債権・可分債務の例を挙げているが、あくまで一例にすぎず、生じ得る多様な事件について十分な基準を提供するものではない。

この点、金築補足意見は、「實際上、今後どのような形で関連する紛争が生ずるかは予測しきれないところがあり、本決定は、違憲判断の効果の及ばない場合について網羅的に判示しているわけでもない。各裁判所は、本決定の判示を指針としつつも、違憲判断の要否等も含めて、事案の妥当な解決のため適切な判断を行っていく必要がある」と述べる。現時点における、率直な信仰告白というべきだろうか。

今後、さまざまな分野において多様なかたちで問題が生じ、それぞれに応じた解決が図られていくことであろう。それらを予測し、検討を加えることは、もはや筆者の能力を超える。詳しい考察は、すべて各分野の専門家に委ねることにしたい。¹¹⁷⁾

六 むすび

平成二五年一二月五日、「民法の一部を改正する法律」(平成二五年法律九五号)が国会を通過し、同月一日に公布・施行された。¹¹⁸⁾ 民法九〇〇条四号のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出子の二分の一とした部分を削除したものである。これにより、本決定の認定した法律の違憲性が、立法的に解消されたことになる。同法は、平成

二五年九月五日以降に生じた相続に適用されると定め、明文で遡及適用を認めた(附則二項)。最高裁の苦慮した違憲判断の效果に関する問題であったが、本決定後に生じた相続については、その考慮を要しないこととなった。⁽¹⁹⁾

このようにして、近年の大きな憲法問題の一つであった本件規定は、正式にその効力を失ったのだが、わが法制から、嫡出子・非嫡出子の区別そのものがなくなったわけではない。最高裁もまた、かかる区別一般を違憲としているのでもない。⁽²⁰⁾ 本決定は、嫡出・非嫡出の区別が不合理な差別に当たる場合に限って違憲であることを示したにとどまるのであり、その内容を過大に見積もってはならないであろう。

学説からも実務からも、いまなお嫡出・非嫡出の区別の問題性を指摘する見解は少なくない。⁽²¹⁾ だが、その解決を司法部にのみ期待することはできないし、また、それは最善の解決方法でもあるまい。立法府の果たすべき役割は小さくないのであり、それは取りも直さず、国民がこの問題をいかに考えるか、われわれ自身の決断が問われているということなのである。

註

(1) 最大決平成七年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁。

(2) 東京家審平成二四年三月二六日、民集六七卷六号一三四五頁。

(3) 東京高決平成二四年六月二二日、民集六七卷六号一三五二頁。

(4) 最大判平成二〇年六月四日、民集六二卷六号一三六七頁。本判決については、さしあたり、拙稿「判批」亜細亜法学四四卷一号(二〇〇九年)参照。

(5) 本決定当日、並行審理されていた類似の事件についても、ほぼ同じ判断が下された。最大決平成二五年九月四日(最高裁平成二四年(ク)一二六一号)、官報号外二〇六号一〇頁。平成一三年一月時点における本件規定の違憲性を

認めたものである。また最高裁は、後日、いま一件同様の判断を重ねた。本決定を踏襲し、本件規定の違憲無効を手短に述べている。最大決平成二五年九月一八日、官報六一四二号九頁。

- (6) それゆえ本決定には、実務の側からも高い関心が寄せられている。各業界誌で紹介されるとともに、今後の対応についての提言も少なくない。例えば、国税速報六二八〇号四頁(二〇一三年)、手塚崇史・T&A master 五一六号(二〇一三年)、浅井弘章・銀行法務21 七六四号(二〇一三年)、青山正博・金融法務事情一九七九号(二〇一三年)、藤原彰吾・金融法務事情一九八〇号(二〇一三年)、高山崇彦・小林貴恵・金融法務事情一九八一号(二〇一三年)、笹川豪介・金融法務事情一九八三号(二〇一三年)、市野瀬管子・税理五六卷一四号(二〇一三年)、江口正夫・月刊不動産四一巻一〇号(二〇一三年)、橋森正樹・労働基準広報一八〇〇号(二〇一三年)、法学セミナー七〇八号一六頁(二〇一四年)、鈴木仁史・銀行実務四四巻一〇号(二〇一四年)、橋本昇二・市民と法八五号(二〇一四年)、山岡美樹・税経通信六九巻三号(二〇一四年)、斉藤輝夫・自由と正義六五巻三号(二〇一四年)、和田好史・銀行実務四四巻四号(二〇一四年)、橋本昇二・市民と法八五号(二〇一四年)等参照。

- (7) 本決定については、既に多数の紹介・批評が著されている。以下に検討するもののほか、例えば、本山敦・金融・商事判例一四二五号(二〇一三年)、同・法学セミナー七〇六号(二〇一三年)、斎藤一久・法学セミナー七〇六号(二〇一三年)、松尾 弘・法学セミナー七〇六号(二〇一三年)、坂本洋子・時の法令一九三八号(二〇一三年)、田中壮太・NBL一〇一七号(二〇一四年)、川岸令和・判例セレクト201311(法学教室四〇一号別冊)(二〇一四年)等参照。

- (8) この点は、昭和二二年の法改正時に特に強調されたところである。例えば川島武宜は、「私は今度の民法改正案の内容には全く賛成で、完全な均分相続というものは日本の家族制度、家族生活というものを完全に民主化するために、絶対に必要な条件だというふうに考えます」と述べていた。座談会「相続法の改正と家族生活」法律時報一九巻一〇号一八頁(一九四七年)。もともと、民法は文字通り「完全な」均分相続を採用しているわけではない。配偶者には特別の配慮があり、通常は、他の相続人よりも多くの相続を受ける(民法九〇〇条一号ないし三号)。

- (9) 民法はまた、「父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする」とも定めている(九〇〇条四号但書後段)。この区別の合憲性も問題となり得るが、本稿では論じない。

かつては、「被相続人との親族的つながりの相違にもとづく区別であるから、相続というものの性質上、憲法の容認するところであろう」と説かれていた。宮澤俊義『日本国憲法』二六〇頁（一九五五年）。

- (10) 周知のように、民法は、形式的には明治二九年法律八九号と明治三一年法律九号の二つの法律からなっていた（平成一六年法律一二四号により、後者が前者に吸収された）。ここでは、後者を特に明治三一年法と呼んでおく。

- (11) とりわけ、野山 宏「民法九〇〇条四号ただし書前段と憲法一四一条一項」『最高裁判所判例解説民事編 平成七年度（下）』六四八頁以下（一九九八年）、二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか（1）——立法趣旨とその後経緯——」『戸籍時報六一四号三三頁以下（二〇〇七年）』が詳しい。また、川上房子「嫡出でない子についての「考察」有地 亨・江森五夫編集代表『家族の法と歴史』二二二頁（一九八一年）、村田 裕「非嫡出子の法定相続分について（一）」『松阪政経研究一七巻一号（一九九九年）』も参照。

- (12) 明治三一年法の制定に際して、わが国の古法等を収録した資料が作成されている。原田眞義編『民法対照 親族編・相続編』（明治三二（一八九八年）、復刻版二〇〇二年）。相続分（修正民法草案一〇〇〇条。後の一〇〇四条）については、三六〇丁以下参照。

- (13) 周知のように、政府雇い C. E. Boissonade が起草に参画したため、ボアソナード民法とも呼ばれる。しかし、親族・相続に関する規定（人事編および財産取得編第三部「相続、贈与、遺贈、夫婦財産契約」など）は、特に民俗慣習を参酌する必要があるとして、日本人（磯部四郎、熊野敏三、光妙寺三郎、黒田綱彦、井上正一ら）が起草に当たった。富井政章『民法原論 第一巻 総論上』五六頁（明治三六（一九〇三）年）。これらの規定への Boissonade の関与を推測する見解もあるが、詳細は不明である。遠藤光男「婚外子相続分規定と一九世紀末の民法典論争——ボアソナードの関わり合いを中心として——」『法曹七六〇号（二〇一四年）』参照。

- (14) 明治二一年作成の「民法草案獲得編第二部理由書」（いわゆる第一草案。石井良助編『明治文化資料叢書第三巻 法律編下』（一九六〇年）所収）には、次の規定があった。

第一五五七条 卑属親ハ正出子養子庶出子ノ区別、出生ノ先後、男女ノ性差ヲ問ハス他家ノ養子トナリタル者ヲ除クノ外第一五一五条ノ順位ニ従ヒ其尊属親ニ相続ス（但書略——引用者）

第一五五八条 前条ノ相続人皆自己ノ權利ヲ以テ相続シタルトキハ第一五二七条ノ規定ニ従ヒ其ノ間ニ相続ヲ平

分ス

草案によれば、尊属親（尊属たる親族）の財産の相続について、卑属親（卑属たる親族）の間に嫡出・非嫡出、実子・養子、長幼さらには男女といった区別はない。他家の養子となった者を除き、みな等しく相続人となり、かつ、その相続分は相等しいものとされている。徹底した均分相続の原則が採られているとしてよい（ちなみに、一五一五条は相続の順位を定めた規定で、卑属親を第一順位としている）。

理由書は、この規定を「一大果斷」であるとする。当時、「歐洲過半ノ法律ニ於テハ其正出子養子ハ同等ノ相続權ヲ有スト雖モ庶出子ハ一層僅少ノ相続權ヲ有スルヲ以テ普通」のこととしていた。「斯ノ如クシテ其父母ノ不行跡ヲ戒ムルノ趣意」である。だが草案は、あえてかかる立場を採らないという。なぜなら、「其父母ニ惡ム所アリト雖モ庶出子ハ毫モ關リ知ラサル所ナリ其父母ヲ戒メント欲シテ其罰ヲ罪ナキノ庶出子ニ及ホスノ理由曾テアラサルモノト思考」したからである（第一五五七条理由。石井編・前掲書三五頁）。

相続人の資格に区別がないのと同様、各人の相続分にも差異はない（一五二七条は、普通相続（家督相続以外の相続）につき、均分主義を定めたものである）。その理由も、極めて簡潔、明快であった。

「其相続人皆自己ノ權利ニ因リ相続スルトキハ前条ニ從ヒ各同等ノ權利ヲ有スルモノナルカ故ニ其相続財産ハ平等二分派スヘシ」（第一五五八条理由。石井編・同書）。

二宮周平は、この草案を高く評価し、今から一二〇年以上も前に、現在の婚外子差別規定違憲説の基本的な視点が示されていると述べた。二宮「婚外子の相続分差別を問う」日本弁護士連合会編『今こそ変えよう！家族法 婚外子差別・選択的夫婦別姓を考える』三頁（二〇一一年）。本決定が下された後は、これを「一八八八年民法草案理由書の人道主義が一二五年の歳月を経て結実した」ものと位置づけている。同「最高裁大法廷相続分差別違憲決定の意義と民法改正」自由と正義六五卷三号一頁（二〇一四年）。

(15) 明治二三年法財産取得編三一二条は、次のように規定した。

第三一二条 家族ノ遺産ハ其家族ト家ヲ同フスル卑属親之ヲ相続シ卑属親ナキトキハ配偶者之ヲ相続シ配偶者ナキトキハ戸主之ヲ相続ス

本条は、遺産相続人の順位を①卑属親、②配偶者、③戸主と定める。第一順位の卑属親につき、その属性は問われ

ていない。嫡出子のみならず、非嫡出子もまた相続権を有するとする趣旨である。一見、両者の区別がないかのごとくであり、確かに、当時そのように説く見解も公表された。例えば、磯部四郎『大日本新典民法釈義 相続法之部』九一丁（明治二四（一八九二）年、復刻版一九九七年）、井上 操『民法詳解 取得編之部下巻』一八三頁（明治二五（一八九二）年、復刻版二〇〇二年）等参照。

だが実際には、同条は次条と合わせて理解することを要する。

第三二四条 卑属親力遺産ヲ相続スル場合ニ於テハ第二九五条ノ規定ヲ適用ス

二九五条は、家督相続の定めであった。その相続の順位を、①親等の最も近い卑属親、②男子と女子では男子、③年長の男子、ただし嫡出子と非嫡出子では嫡出子、④年長の女子、ただし嫡出子と非嫡出子では嫡出子、としている。これは、家督相続につき、単独相続の原則とその順位を定めたものである。「家」そのものの相続であるから、そもそも分割が予定されていない。そして、そこでは明らかに、嫡男長子が優先されている。明治二三年法は、遺産相続にもこの規定を準用し、単独相続の原則を採ることとした。非嫡出子の相続権は否定されていなかったが（そして、男子の場合、嫡出女子よりも優先されていたが）、決して嫡出子と同等の扱いを受けたわけではない。

二宮周平は、右三二三条の規定が遺産相続につき嫡出子、庶子、私生子を区別していないことをもって、草案の延長線上にあるかの如く述べているが（二宮・註（11）論文三三頁。谷口知平・久貴忠彦編『新版註釈民法（27）「補訂版」』一四八頁（有地 亨・二宮周平執筆）（二〇一三年）も同旨）、いささか正確の謗りを免れない。さらに、「一八九〇年（明治二三年）に制定された民法では、家の跡継ぎ以外の相続に關しては、子を区別していなかった」（二宮・註（14）論文・自由と正義一〇頁）と述べるのは、事実反している。

（16） 昭和一七年の民法改正（法律七号）で、庶子（父親の認知した非嫡出子）と私生子（認知を受けない非嫡出子）の区別が廃止されたことに伴い、本条は次のように改められた。

第一〇〇四条 同順位ノ相続人数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シキモノトス但直系卑属数人アルトキハ嫡出ニ非サル子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一トス

これが、昭和二二年民法改正により廃止された、本件規定の直接の前身である。

（17） 法典調査会における穂積陳重発言。「法典調査会速記録」（巖松堂）一八七回一〇丁。法務大臣官房司法法制調査部

監修『日本近代立法資料叢書7 法典調査会 民法議事速記録七一〇〇七条』五五八―五五九頁（一九八五年）にも収録されている。また『民法修正案理由書 第五編 相続』二六九―二七〇頁（明治三一（一八九八）年、復刻版一九九三年）も参照。

- (18) 例えば、柳川勝二『日本相続法註釈 上巻』（大正七（一九一八）年）は、「相続人タル直系卑属中嫡出子、庶子、私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ受クヘキ相続分ノ二分ノ一ト為セリ。是レ本条但書ノ規定スル所ニシテ中古大宝令ノ遺制：維新以来ノ慣習ニ遵拠セルモノニシテ外国ノ立法例亦之ニ類スル差別ヲ設ケサルモノ殆ント罕ナリ」という（五六二頁）。しかし、「特ニ仏國ノ如キハ更ニ一步ヲ進メ、乱倫又ハ姦通ノ関係ヨリ生レタル子ハ普通私生子ニ比シ極メテ峻厳ナル待遇ヲ与ヘ是等ノ者ニ対シテハ絶対的ニ相続権ヲ認メサルモ、我法制ハ斯ル極端ニ趨ラス、是等ノ子ト雖モ父母ノ婚姻力取消サレサル以上ハ正当ナル婚姻ニ因リ生レタル嫡出子ト同一ノ相続権ヲ有スルモノトセリ」（同）と指摘する。続いて柳川は、フランス法、ドイツ法、スイス法、ロシア法、イギリス法等の例を挙げ、諸国の法制にあっては、非嫡出子がわが民法よりも劣位に置かれている旨を縷々説明している（五六二頁註）。

水野紀子によれば、「日本法においては、家制度の要請から非嫡出子の法的地位は伝統的に西欧法と比べるとはるかに高いものであった」という。水野「比較婚外子法」川井 健ほか編『講座・現代家族法 第3巻 親子』一二七頁（一九九二年）。

- (19) 大審院大正二年七月一日判決（大正二年（れ）一〇七〇号 警察犯処罰令違反ノ件）、刑録一九輯七九〇頁。「裁判所カ司法権ヲ行フニ当リ適用スヘキ法律命令カ苟モ其形式ニ於テ欠クル所ナキ以上ハ更ニ進テ實質カ憲法違反ノ法律ニ非サルカ若クハ法律違反ノ命令ニ非サルカラ審査シ之カ適用ヲ拒ミ得ヘキモノニ非ス」と述べ、裁判所自ら、法令に対する違憲審査を否定した。

- (20) 日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措施に関する法律（昭和二年法律七四号）三条、七条一項、八条二項参照。
- (21) ただし、明治三十一年法は遺産相続について配偶者を相続人としていなかったから、昭和二年改正で配偶者が子と同順位の遺産相続人となったことにより、非嫡出子への配分はいっそう減ぜられることとなった。我妻 榮によれば、それは「非嫡出子の保護を薄くする意図でなく、一夫一婦制の原則を貫き本妻の立場を尊重する、要するに、家族制度によって曇らされていた夫婦関係を本来の姿に近づけようとするものであり、非嫡出子の地位が不利となるのは全

くその反射的效果に過ぎない」という。我妻『「私生子」の保護』『民法研究Ⅺ 補巻(1)』二三四頁(一九七九年、初出一九五九年)。

(22) 厳密には、一四條一項後段にいう「社会的身分」とは何か、嫡出子・非嫡出子という立場がそれに当たるかといった点も問題となり得るが、大きな争点でなく、本決定でもほとんどふれられていないため、本稿では論じない。

(23) 例えば、起草委員第一次案第三十一、同第二次案第三十六、臨時法制調査会原案第三十六、民法改正要綱第三十六参照。我妻 榮編『戦後における民法改正の経過』二二七頁、二二三二頁、二二二七頁、二四二頁(一九五六年)。

(24) 牧野英一発言。我妻編・前註書二八五頁。

(25) 村岡花子発言。同書二八七頁、二八八頁。

(26) 奥野健一幹事(司法省民事局長)発言。同書二八五頁、二八八頁。

(27) 衆議院司法委員会における中村俊夫、石川金治郎発言。最高裁判所事務総局『民法改正に関する国会関係資料』(家庭裁判資料第三四号)一八九頁、二三八頁(一九五三年)。

(28) 参議院司法委員会における小川友三発言。前註書五四一頁、五六六頁。

(29) 奥野健一政府委員答弁。同書一八九頁、二八三頁、五〇六頁、五六六頁等。

(30) 旧法下および現行法下初期の学説、国会内での議論については、西原道雄「非嫡出子の相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性」私法判例リマックス一九九二(下)九六頁(一九九三年)に詳しく紹介されている。

(31) 末弘厳太郎「家督相続廃止と共同相続」法律時報一九卷一〇号一頁(一九四七年)。それによれば、「たとえ相続分に差等があるにしても……庶子に相続権を認め、夫の死後母と共に遺産によつて生活を支えてゆかねばならぬ嫡出子から多額の相続分を奪うことを認めるのは、婚姻の神聖を保つ所以でないのみならず……婚姻を中心とした家団生活を不当に破壊する」。新憲法は伝統的家族制度を廃止し、代わりに婚姻を中心とした小家族的家団の一般化すべきことをを期待しているにもかかわらず、「夫の死亡によつて家団生活の基礎をなす財産の一部が法律上当然に家団に属しない婚姻外の子に移ることを認めるのは、新民法全体の精神から考えて明かに不当であ」り、「かゝる子に対しては、父が生前贈与により又は遺贈によつて財産を分与した場合の外、遺産に対して特に権利を認むべきではない」というのである。

- (32) 青山道夫「改正民法と私生子問題」同『近代家族法の研究』一六七頁（一九五四年、初出一九四八年）。それによれば、日本国憲法が「個人の尊厳と両性の本質的平等に基く婚姻家族を新たな家族制度の基礎とした：：ことは、父の過失によって生れた私生子の生存権を否定する意味では毛頭ない」。「国家その他の公共団体がかかる私生子の生存権を直接保障しない以上、父がその責任を負うことは当然であり、その生存権の延長として私生子が父の財産を相続することを認めることは何等不合理ではない。そしてそのために、嫡出子が多少経済的に不利益を蒙るにしても、それを認容することは何等新憲法の精神に反するものではあるまい」という（一七〇頁）。かくて青山は、「私生子の相続権を嫡出子と平等に取扱わなかったことは、改正民法の汚点であると信ずる」と断じたのであった（一七一頁）。
- (33) 法学協会『註解日本国憲法 上巻』四七八頁（改訂版、一九五三年）。
- (34) 宮澤・註（9）書二六〇頁。
- (35) 中川善之助編『註解相続法（上）』一五六頁（加藤一郎執筆）（一九五四年）。その典拠として、法学協会・註（33）書があげられている。
- (36) 例えば山島正男は、わが民法が、私生子、庶子という文字を法典から消したものの、「嫡出でない子」の実質が以前とほとんど変わっていないと批判し、なかでも「最も重大なそしてまた不利益な差別待遇は、相続において、認知された子は嫡出の子の半分しか相続分をもたない点である」という。かかる差別の理由は「結婚の尊重」にあると説明されるが、嫡出でない子への差別待遇によって、その親（母）に正常な夫婦関係においてのみ子を生むように仕向けるなど、子どもへの迷惑にはかならない。「憲法はかかる差別待遇をけつして許してはいない（憲法一四條）」と述べている。山島「親子」中川善之助編『家族』九六頁（一九五五年）。
- 山中康雄も、「配偶者に相続権のない旧法のような相続制度の下では、遺産は、嫡出子にとっては、父母の共同所産であるが、嫡出でない子にとっては、父または母の所産にすぎないから、嫡出でない子の相続分が二対一になることには合理性がある。しかし、配偶者が常に相続人となる新法の下では、合理性を欠くものであり、右の差別規定は、『日本国憲法』一四條違反の規定と考える」という。山中『民法（総論・総則・家族・相続）』三四二頁（一九七八年）。
- (37) 当初の違憲論は、アメリカの判例法理の展開を参照しつつ、本件規定の憲法論的再考の必要性を説くものであった。例えば、石川 稔「家族法のなかの子ども」同『家族法における子どもの権利』一四一頁（一九九五年、初出一九八

六年）、米沢広一「家族法の変容と憲法」ジュリスト八八四号一九九頁（一九八七年）等参照。

(38) 違憲論に立つ論考は多いため、ここでは、ごく最近の文献をいくつか指摘するにとどめる。例えば、石渡 哲「婚外子（非嫡出子）の法定相続分」村井友秀、真山 全編『リスク社会の危機管理』二二〇頁（二〇〇七年）、初宿正典「平等原則の《適用》問題としての非嫡出子相続分差別」佐藤孝治ほか編『現代社会における国家と法』九五頁（二〇〇七年）、二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか（一）」（４・完）戸籍時報六一四号三二頁、六一六号二頁、六一八号一〇頁、六二一号一二頁（二〇〇七年）、太田裕之「婚外子の法定相続分差別と憲法」二〇〇九年決定を契機として」同志社法学六四巻七号（二〇一三年）等参照。

上田誠一郎「嫡出でない子の法定相続分に関する民法九〇条四号但書前段の合理性についての一考察」同志社法学六四巻七号（二〇一三年）は、本件「規定が憲法適合的といえるかについての議論自体には立ち入らない」としているが（四八五頁）、法の下の平等という憲法上の要請と抵触することなく、しかもよりよく目的を達成する立法的選択肢が存在する以上：「民法九〇条四号但書前段の定めを合理的なものとして正当化することができない」（四九七—九八頁）との結論は、実質的に、本件規定についていわゆるLRRAの基準を適用し、違憲と評価したものとみることができる。

なお、高久泰文「非嫡出子（私生児）の法定相続分と法の下の平等」拓殖大学政治行政研究一号（二〇〇九年）も違憲論をとるが、わが民法上の相続の本質をもつぱら「血族相続制度」に求めるなど、その観念的な思考にはいささか違和感を禁じ得ない。齊藤笑美子「婚外子相続分區別と憲民関係」法律時報八五巻五号四五頁（二〇一三年）は、「憲法二四条が特定の婚姻制度を想定していると考えてそれに強固な実質を与えること」に疑問を呈している。

(39) 谷口知平・久貴忠彦編『新版註釈民法（27）「補訂版」』一四九頁以下（有地 亨・二宮周平執筆）（二〇一三年）に、違憲論の主張が網羅的に紹介されている。また、米倉 明『家族法の研究』二六〇頁以下（一九九九年）は、憲法論には立ち入らないとしながらも、「差別是認論（合憲論）」のさまざまな主張に対して厳しい批判を加えている。

(40) 伊藤昌司『相続法』二一八頁（二〇〇二年）は、本件規定の立法目的・手段の合理性を問う以前に、民法の規定自体からも現在の解釈からも、そもそも「嫡出子」と「非嫡出子」の境界線が不明確だという。不明確な区別に基づいた差別が合理的であり得る道理はないと述べている。

- (41) 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック(第四版)』九三頁(二〇一一年)。
- (42) 阪本・前註書九四頁。
- (43) 大村敦志『家族法(第3版)』一九二頁(二〇一〇年)。
- (44) 大村・前註書一九八頁。和田隆夫「非嫡出子の相続」憲法論叢創刊号六五頁(一九九四年)も、「相続における非嫡出子とは、正当な法律婚による家族の保護に反するような者に限定すべきである」と述べていた。
- (45) 水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法学セミナー六六二四頁(二〇一〇年)。
- (46) 水野・前註論文四一五頁。
- (47) 例えば、大村敦志も、立法政策として婚外子・婚内子の相続分を平等化することは考えられるという。婚外子に対する社会的差別は除去されなければならず、そのためには無用な区別は除去する必要がある。相続分の平等化がもたらう象徴的效果を思うならば、本件規定の廃止も、立法政策としては検討に値するといえるのである。大村・註(43)書一九九頁。
- (48) この点は、水野紀子のつとに強調するところであつた。座談会「非嫡出子の法的地位めぐって」ジュリスト一〇三二号(一九九三年)における水野発言(とりわけ四六頁以下)。水野「子どもの平等権—非嫡出子問題を中心に」家族(社会と法)一〇号一六九頁以下(一九九四年)も参照。加藤一郎も水野に賛意を示し、いろいろな利益調整の必要性を説いている。「シンポジウム」家族(社会と法)一〇号二四〇頁(一九九四年)における加藤発言。なお、加藤「非嫡出子の相続分について—東京高裁の違憲決定をめぐる状況」ジュリスト一〇四二号(一九九四年)も参照。
- (49) これらに対して、少数ながら、本件区別を積極的に支持する見解もある。村田 裕「非嫡出子の法定相続分差別規定の是非について」私法六二二二四頁以下(二〇〇〇年)は、「家の考え方」を強調する立場から、非嫡出子の法定相続分平等化が、相続制度、家族制度、婚姻制度に悪影響を及ぼすとして、本件規定の合理性、従って合憲性を論じている。より詳しくは、村田「非嫡出子の法定相続分について(一)」、「(二)」松坂政経研究一七巻一号、二号(一九九九年)、とりわけ二二三八頁以下参照。また、西山井依子「平成七年決定判批」判例評論四四五号二八頁(判時一五五二二一九〇頁)(一九九五年)は、「秩序としての正当な婚姻」はどこまでも尊重していかなければならないとの立場から、同決定が、嫡出子と非嫡出子の間の格差を違憲とする一連の下級審判例等の流れに歯止めをかけたもの

最大決平成七年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁。

審判が下されたと伝えられているが（朝日新聞平成七年四月一三日朝刊）、未見である。

等。なお、新聞報道によれば、平成七年四月上旬、横浜家裁川崎支部でも違憲判断を伴う

年二月三〇日 判時一五二二号三頁（第一審静岡地判平成三年二月二七日 判夕八六四号一九九頁では、特段の憲

東京高決平成五年六月二三日 判時一四六五号五五頁（千葉家審平成四年二月八日の抗告審） 東京高判平成六

的に基づくもので、合理性がないとはいえず、立法政策上の当否は別として、直ちに憲法違反ではないとする（等

平戸四年二月八日 金藏・商事半役力三〇号一五頁（本作規定に「注有妙の保証による身分注利月の締持」といふ目

立文四三二二頁、金蝕 兩事則別見三〇号二五頁（云牛見三其、去其昏の呆夢二二の身令去夫多の進寺二、前目

二六四号二三三頁（石事井の亢告審。ほとんどの理由を示すことなど、本件見定は憲法二反（否）、二七二、千葉家審

同等比につき反付がかなり上回つてゐたことを旨商して、これを退けている。東京高央平戊三年三月二十九日、同夕

裁判所は、去定相続分の割合を如何に定めるかよ立法政策の問題であり、また政府の調査でも、去定相続分の

静岡家熱海出番平成二年二月二日、民集四九卷七号一八二〇頁（本件規定が法の下の平等に反するとの主張に

(二〇一三年)は、最高裁・下級審のこれまでの裁判例を網羅的に紹介した上で、本決定にも論及している。

ル一〇卷一号（二〇一三年）等参照。また、福里芝人「非嫡出子相続分差別について」沖縄女子短期大学紀要二六号

同「民法第九〇〇条四号但書前段（非嫡出子の法定相続分區別）の合憲性に関する判例の動向」中央ロー・ジャーナ

令違憲判断への胎動——民法第九〇〇条四号但書前段の合憲性について——法学新報一二〇卷一・二号（二〇一三年）

高裁による三つの裁判例について」青森法政論叢一三号（二〇一二年）、遠山信一郎「非嫡出子差別最高裁判所法

分規定は合憲か」民事研修六四五号（二〇一二年）、大竹昭裕「非嫡出子相続分規定の合憲性——最高裁判例の動向と

性について「注目される最高裁大法院判断」立法と調査三二二号（二〇二一年）、村重慶二一「非嫡出子の法定相続

はか 判例の展開全般については 菱沼誠一「非嫡出子相続分の規定（民法第九〇〇条第四号ただし書前段）の合憲

る言法消極主義と積極主義（1）（2）完」南山法學三六卷一號（二〇二二年）二號（二〇二三年）にある。その

では、そのごく一音を挙げるにとめざるを得ない。最も話しやすい研究の一つは、中名、実一、未婚、出子、村、終、差、別、をめぐ

は、その「一」部を参ずるべきでない。曼羊の「一」部は「一」部の一、口谷実「丰商品と目虎堂判」とで

太井見三の合意生二園十我則刊々著貴とんら二つして、則刊開出ア平尺の多枚著とんら二つ二なつてゐる。太高

として、これを高く評価している。

- (54) 東京地判平成九年一〇月三十一日、判タ一〇〇八号二三〇頁（民法は法律婚主義を採用しているから、本件規定の立法理由にも合理的根拠があり、憲法一四条に違反しない）。
- (55) 東京地判平成一四年三月二十九日（最判平成一五年三月三十一日の第一審）。
- (56) 大阪家審平成二三年四月二〇日、判時二一四〇号二二頁。
- (57) 最判平成一二年一月二七日、集民一九六号二五一頁、最判平成一五年三月二八日、集民二〇九号三四七頁、最判平成一五年三月三十一日、集民二〇九号三九七頁、最判平成一六年一〇月一四日、集民二一五号二五三頁、最決平成二一年九月三〇日、集民二二一七号七五三頁等。これらの判決・決定では、最高裁はほぼ平成七年決定を引用するにとどまっており、何ら新しい議論を付加するものではなかった。
- (58) 大阪高決平成二三年八月二四日、判時二一四〇号一九頁（大阪家審平成二三年四月二〇日の抗告審）。
- (59) 名古屋高判平成二三年二月二一日、判時二一五〇号四一頁。
- (60) 東京地判平成一七年三月三日、判例集未登載。
- (61) 東京高判平成二二年三月一〇日、判タ一三二四号二一〇頁。
- (62) もちろん、下級審が最高裁の先例と異なった判断を下すこと自体は、必ずしも珍しいものではない。そもそも、最高裁による初の法令違憲判断であった刑法二〇〇条違憲判決（最大判昭和四八年四月四日、刑集二七卷三三二六五頁）にしても、その第一審（宇都宮地判昭和四四年五月二九日、刑集二七卷三三二一八頁）は、同規定を合憲とした先例（最大判昭和二五年一〇月二五日、刑集四卷一〇号二二二六頁）を引用することなく、あえて違憲判断を下したのであった。新 正幸『憲法訴訟論「第2版」』六六二頁以下（二〇一〇年）に、そのような例が多数挙がっている。しかし、本件規定の合憲性をめぐる問題ほど、下級審が最高裁に異を唱える判断をしてきたものはないであろう。
- (63) 例えば、東京高決平成五年六月二三日、東京高判平成六年一月三〇日、大阪高決平成二三年八月二四日、名古屋高判平成二三年二月二一日等。
- (64) 周知のように、最高裁は、先年も一度、この問題を取り上げようとしたことがある。本件規定の合憲性の問われた事件を大法廷に回付したことから、平成七年決定の再検討を試みたものと思われる。だが、最高裁への抗告後、当事者間で抗告事件の終了を含む裁判外の和解が成立したため、抗告の利益を欠くに至ったとして訴えが却下されてし

まった。最決平成二三年三月九日、民集六五巻二七号七二三頁。本決定の手續面に關する考察として、例えば、河村好彦「判批」法学研究八五巻七号三九頁（二〇一二年）参照。

(65) 二宮周平「婚外子相続分差別を違憲とした最高裁大法廷決定を学ぶ」戸籍時報七〇三号五頁（二〇一三年）。

(66) 村重慶一「判批」戸籍時報七〇三号一〇七頁（二〇一三年）。高井裕之「判批」『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（別冊ジュリスト二一七号）六三頁（二〇一三年）も同様の評価を下している。

(67) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室三九七号一〇六頁（二〇一三年）。

(68) 野坂泰司「判批」平成二五年度重要判例解説（ジュリスト臨増一四六号）一五頁（二〇一四年）。

(69) 民集四九巻七号一七九四頁。

(70) 平成七年決定における尾崎裁判官の追加反対意見は、「本件規定が補充規定であること自体、法律婚や婚姻家族の尊重・保護の目的と相続分の定めとは直接的な関係がない……。嫡出子と非嫡出子間の差別は、本件規定の立法目的からして、必要であるとすることは難しいし、仮にあったとしてもその程度は極めて小さい」と述べていた、民集四九巻七号一八一〇頁。また、本件規定の存在が非嫡出子への差別意識を生ずるおそれがあることも、五裁判官の反対意見で指摘されている。同一八〇七頁。これらの意見は、その後の最高裁判決・決定の個別意見の中でも、しばしば引用され、また支持されてきた。

(71) 大石和彦「判批」筑波ロージャーナル一五号（二〇一三年）は、「不断に検討」し「吟味」すべき主体は誰かとの問いを立て、相続制度の定めが立法院の合理的裁量判断に委ねられるのであれば、その主体もまた「第一次的には、立法院だということになるはず」だという（一一五頁）。抽象的にはそのように言えるかもしれないが、それは本決定の立場ではない。既に存在する（過去の）「定め合理性」を、現在の時点で検討・吟味する役割は、ほかならぬ裁判所に属するというのが、本決定の当然の前提である。

このような判断手法は、既に、下級審にも影響を与えている。例えば、大阪地判平成二五年一月二五日（判時二二一六号一二二頁）参照。そこでは、地公民法三二条一項但書一号が遺族補償年金の受給要件として夫にのみ年齢要件を付加していることの合憲性が争われたが、裁判所はその審査に当たって、「立法の基礎となった社会状況は時代とともに変遷する上、本件区別の理由は、性別という憲法の定める個人の尊厳原理と直結する憲法一四条一項後段に

列挙されている事由によるものであって、憲法が両性の本質的平等を希求していることは明らかであるから、本件区別の合理性については、憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」と指摘した。

- (72) 野山・註(11)論文六七頁。これに対して、高井・註(66)論文は、平成七年決定を「目的・手段」の判断枠組みによらないものとみる(六三頁)。その根拠として、尊属殺違憲判決(最大判昭和四八年月四日)を引用せず、「目的」「手段」という語を用いていない点を指摘している。山崎友也「判批」金沢法学五六卷二号一六五頁(二〇一四年)も、同決定は「目的・手段」図式を採用したのではない」という。「本件規定は何らかの達成すべき『立法目的』のための規定ではなく、法律婚主義と非嫡出子の保護の調整を立法者が『理由』として制定された規定だ」として、「原因(立法理由)・結果(当該区別)」図式を採ったというのである(二七七頁。強調原文)。しかし、同決定は、法律婚の尊重と非嫡出子の保護を本件規定の目的とし、相続分の区別をそのための手段と位置づけたものとみるのが素直な受け止め方であろう。あえて文言に拘泥し、目的・手段審査とは異なった、原因・結果ないし立法理由・区別審査なるものを想定しても、実益に乏しいように思われる。

- (73) 糠塚康江「判批」法学教室四〇〇号、八四頁(二〇〇四年)。

- (74) 野坂・註(68)論文一六頁。

- (75) 民集六七卷六号一三四二―四三頁。

- (76) もちろん、事実婚をもって婚姻の理想形態とする見解もありえよう。例えば、渡辺淳一『事実婚 新しい愛の形』(集英社新書、二〇一一年)は、そこまで極端ではないものの、事実婚をあり得る選択肢の一つとして積極的に捉えている。そのような主張自体は自由であるが、日本国憲法の採る立場でないことは確認しておかねばならない。

- (77) 世代間の貧困連鎖が問題とされる現在では、それはむしろ、生存権保障(二五条一項)の観点から国に義務づけられた責務(同条二項)とさえ言えるかもしれない。

- (78) 伊藤正晴「判批」ジュリスト一四六〇号九二頁(二〇一三年)は、「嫡出でない子の相続分を嫡出子の二分の一とする本件規定が嫡出でない子の『保護』の意味を持つといえるのは、嫡出でない子には相続権を与えないという考えもあることを当然の前提にした、法律婚の尊重と表裏の考え方によるものにはかならず、嫡出でない子の保護という立法理由は、独立した意味を持たない…。したがって、本来の立法目的としては、法律婚の尊重のみが挙げられる

べき」だいう。しかし、「嫡出でない子には相続権を与えないという考えもある」のであれば、なぜ本件規定は二分の一にもせよそれを与えているのか、何らかの説明が必要となろう。明治三一年法の起草者や、昭和二年法改正における政府側説明をあえて排して、非嫡出子の保護が立法目的でないと論ずることの意義は乏しいものと言わねばならない。もちろん、それが真の「保護」といえるのか、実際に保護となっているのかは、改めて検証されねばならない事柄であるが、それは立法の目的や理由でなく、その機能や効果、従って手段としての相当性の問題である。

(79) 一定の目的を有するからこそ、法的区別が許容される可能性があり、違憲審査を行なう意義が生ずる。何ら目的のない区別（差別）、特定の目的と全く関連のない区別など、端から憲法違反にすぎない。

(80) 本稿では割愛したが、岡部裁判官の補足意見には、本件規定の目的について多少の言及がある。晦渋な言い回しで真意の理解しがたいところはあるが、その結論は、「全体として法律婚を尊重する意識が広く浸透しているからといって、嫡出子と嫡出でない子の相続分に差別を設けることはもはや相当ではない」というにある（民集六七卷六号一三四〇頁）。本件規定の不合理性が、立法理由とされた法律婚の尊重との関連で論じられているのである。

(81) 尾島 明「判批」法律のひろは六六卷一二号三七頁（二〇一三年）は、これらの記述をもつて、「単に関連する事情を羅列したというものではなく、これらの事情が個人の尊厳という憲法上基本的な重要性を有する価値の尊重につながる一貫した流れになっていることについて、それぞれの重みを吟味しつつ慎重に記述したもの」だという。いささか過大な評価のように思われるが、これらが単なる事情の羅列でなく、重みの吟味を含むとしている点は正当であろう。

(82) 山崎・註(72)論文一八一頁以下にも、最高裁の掲げる事実について詳しい検討があるが、一つひとつの事実に対する評価は本稿とは異なっている。

(83) 高井・註(63)論文、蟻川・註(67)論文、野坂・註(68)論文、糠塚註(73)論文。そのほか、註(7)に掲げた諸論文も参照。

(84) 伊藤・註(78)論文九〇頁。筆者もまた、国籍法違憲判決の論評に際して、同様の見解を述べたことがある。拙稿・註(4)論文二八三頁註(26)。これに対しては、「本件（国籍法違憲判決―引用者）の場合は、人権保障のグローバル化が叫ばれる今日状況下において、国際社会における法的環境等を立法事実として認定した初めての最高裁違憲判

決ということとその意義が位置づけられる」との指摘があった。新井信之「わが国の最高裁判所における人権保障のグローバル化の兆候（一）——近年の婚外子裁判をめぐる——」香川法学三〇巻三・四号一三〇頁註（一）（二〇一一年）。しかし、立法事実の変化を根拠に違憲判断を下すことと、国際社会における法的環境等をその立法事実として認定することは別の事柄であり、後者の指摘をもって前者を否定することにはならないように思われる。

(85) 昭和二五年公選法制定時の最大較差一・五一倍が、昭和四七年衆院選時には四・九九倍となっており（最大判昭和五一年四月一四日、民集三〇巻三三三頁）、また、昭和五〇年公選法改正時の較差二・九二倍が、昭和五八年衆院選時には四・四〇倍にまで拡大していた（最大判昭和六〇年七月一七日、民集三九巻五号一一〇〇頁）。

(86) 実際、最高裁自身の立場も変化している。衆院選を例に挙げると、かつては三倍程度を基準とするものと見られてきたが（昭和五一年判決、昭和六〇年判決）、近年では、較差二倍強で違憲状態と認定するようになっていく（最大判平成二三年三月二三日、民集六五巻二七五五頁、最大判平成二五年一月二〇日、民集六七巻八号一五〇三頁）。

(87) これは決して、最高裁による事実の選択が恣意的だということを意味するものではない。無限に多様な諸事実の中から何を選び出してくるか、それは論者のもつ先行理解なしには決せられない事柄である。

(88) その意味では、本件は、定数不均衡問題よりもむしろ、国籍法違憲判決（最大判平成二〇年六月四日）の事例に近い。そこでは、国籍法（旧）三条一項が、準正子についてのみ届出による国籍取得を認めていたことの合憲性が争われた。これを違憲とした多数意見と、合憲とした横尾、津野、古田裁判官の反対意見とを分けたのは、立法後の国内的、国際的な社会環境等の変化といった事実そのものでなく、その変化によって、同条の立法目的（出生後の国籍取得にわが国との密接な結びつきの指標となる要件を設けること）とその手段（準正要件、すなわち父母の婚姻と認知）との間の合理的関連性が失われたか否かに対する評価であった。拙稿・註（4）論文参照。

(89) 民集四九巻七号一八〇七頁。

(90) 民集四九巻七号一八〇三頁。

(91) 民集四九巻七号一八〇五頁。

(92) ただし、法務省において本件規定の改正論議に関わった経験を持つ寺田逸郎裁判官は、本決定に関与していない。

(93) 蟻川恒正「婚外子法廷相続分最高裁違憲決定を書く（1）、（2）」法学教室三九九号（二〇一三年）、四〇〇号（二

○（一四年）は、最高裁判所に代わって本決定を執筆しようとする大胆な試みである。

（94） 平成七年決定その他の先例においては、特に憲法判断の基準時が示されていないが、それぞれの事件の相続開始時における判断であったと解される（個別意見の中には、これに言及したものもある。例えば、最判平成一五年三月二八日における梶谷、滝井裁判官の反対意見、および最判平成一五年三月三一日における島田裁判官の補足意見は、それぞれ、本件規定が「現時点において」違憲である、または違憲でないとしていた。判時一八二〇号六四頁。文字通りには「裁判時」を意味するかのようだが、そこまで自覚的な説示とも思われない）。いずれにせよ合憲判断であるから、特段の問題を生じない。裁判所の合憲判断があつて初めて法律が有効となるわけではなく、合憲判断は、ただ法令の効力を確認するにとどまる。

（95） 伊藤・註（78）論文九一頁。尾島・註（81）論文三八頁は、さらに進んで、具体的な相続分の差異が三分の二や四分の三であつたとしても、本決定の結論は同じであつたであろうと推測している。

（96） もちろん、この問題は、本決定で初めて認識されたものではない。平成七年決定以来、違憲判断後の実務上の取扱いは、最高裁の（少なくとも、個別意見を著した裁判官たちの）重要な関心事の一つであつた。本決定に先立って、この問題を考察した論考に、中村 心「もしも最高裁が民法九〇〇条四号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー七号一九一頁（二〇一二年）がある。

（97） 近年の研究として、例えば、佐藤美由紀「違憲判決の効力」論の変遷」杏林社会科学研究所一九卷三号（二〇〇三年）、工藤達朗「『違憲判決の効力』論の再検討」法政理論三九卷四号（二〇〇七年）等がある。

（98） 行政法制研究会「違憲判決の効力」判例時報一七三三三二八頁（一九九一年）。かつては、刑法（旧）二〇〇条を違憲とした最大判昭和四八年四月四日について、「実務は一般的効力説を採って処理したもの」とみる見解もあつたが（有倉遼吉「違憲判決の効力」時の法令八三七号一七頁（一九七三年））、一般的な理解とはいえない。

（99） 実際、法廷意見は、無効の根拠を「本決定の先例としての事実上の拘束性」に求めている。本決定が直接本件規定を無効とするのではなく、裁判を介してそのように取り扱われるとの趣旨であらう。

（100） 尾島・註（81）論文三九頁は、この説示をもつて、「（本件違憲判断と先例の合憲判断と）の抵触がない旨を確認的に説示したものというよりは、より積極的に、少なくともこれまで最高裁が本件規定を合憲と判断してきた平成一二年

九月までは本件規定は合憲であつたとする判断を維持する旨を説示したものと解する方が素直である」という。やや曖昧な記述だが、本決定が改めて「平成一二年九月までは本件規定は合憲であつた」ことを認めたものと解するのであろうか（そうでなければ、「より積極的」な理解とはいえない）。しかし、少しく過剰な読み方と言わねばならない。既に指摘したように、先例においては常に、それぞれの時点で、本件規定を違憲とする裁判官が存在してきた。ところが、本決定に關与した裁判官に限っては、誰ひとり過去の時点における合憲性に疑義を持たなかったというのであろうか。

本決定は、事実の変遷に基づく不断の検討・吟味を強調しているが、それは平成七年決定その他と異なった判断を下すことを正当化するためであつた。本決定が審理・判断したのは、あくまで平成一三年七月時点における本件規定の違憲性である。それ以前の法状況は本件審理の対象でなく、議論の前提としてはいるが（従つて、特に変更していないが）、それ以上積極的な合憲判断を含意するものではないというべきである（仮にそのような審理に立ち入ったならば、本件規定がいつ合理性を失い、違憲になったものか、裁判官の間で厳しい見解の対立が生じていたおそれもある）。

- (101) それによれば、「本件規定を違憲と判断するとしても、当然にその判断の効力が遡及するものではない…。最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であつても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行つて、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められたときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である。…本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきである」というのである（民集四九卷七号一八〇九頁）。

- (102) この点は、Mauro Cappelletti のつとに指摘するところであつた。マウロ・カペレッティ、谷口・佐藤訳『現代憲法裁判論』一四四頁（一九七四年）。

- (103) 最大判昭和五一年四月一日が、選挙時の公選法別表を違憲とし、それに基づく選挙を違法としながら、選挙自体を無効としなかったのも、憲法の所期しない結果を生ずることを避けるためであつた。民集三〇卷三号二五三頁。

(104) 本件違憲判断の逡巡と効を貫徹させた場合の問題として、①本件規定の合憲を前提とする判決、審判等に、民訴法三三八条一項所定の(準)再審事由があるか、②同様になされた和解、調停または遺産分割協議が、錯誤により無効となるか、③可分債権・債務の当然分割につき、法律上の原因を欠くとして不当利得返還請求等ができるか、といった点が挙げられている。伊藤・註(78)論文九四頁、尾島・註(81)論文四一頁。

(105) 野坂・註(68)論文一六頁。

(106) この点につき、例えば、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第三卷』一七六頁(一九八七年)参照。

(107) 下級審には、この術語を用いた例がある。例えば、東京地判昭和五五年三月一四日、判時九六七号一七頁は、「最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認められなければならない」(二五頁、強調引用者)、また、「最高裁判所の判例は：一国の終審裁判所が行なう判断として、その問題に関し、その国のあらゆる司法機関においてなされるべき、あるべき法解釈を示すものであり、それ故に：実務上最大の尊重を受け、下級審に対して事実上の拘束性を及ぼしている」(四四頁、同右)と述べていた。これは、下級審の立場から、最高裁判例に従うことを正当化するために示された見解である。

(108) 井上典之「判批」論究ジュリスト八号一〇四頁(二〇一四年)も、本件判示について、「先例の事実上の拘束性」という新たな言葉を用いなくとも、違憲判断の逡巡と効の問題として理解しておく方が容易であるような気がするという。

(109) ちなみに、「事実上の拘束『性』」とは、ある意味含蓄に富んだ表現であるようにも思われる。周知のように、成文法主義を採るわが法制の下で、判例は法源であるか、いわゆる先例拘束性を認めることができるかは、たいへん大きな論点であった(実務的視点からの考察として、中野次雄編『判例とその読み方「三訂版」」(二〇〇九年)所収の諸論考が有益である)。いまなお見解は対立しており、たやすく結論の得られるものではない(近年の研究として、例えば憲法学の領域では、大林啓吾「先例拘束の再定位」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』二二八頁(二〇一三年)、民事法では、土屋文昭「判例に関する覚え書き―民事判例の主論を中心として―」東京大学法科大学院ローレビュー六号(二〇一一年)等がある)。しかし、最高裁は賢明にも、本決定でそのような根

源の問題に立ち入ることを回避した。本決定に先例としての法的拘束「力」があるか否かは別論として、爾後の裁判所は、事実として本決定に従うであろうとの認識ないし予想、さらには期待を示したものと解することができる。もっとも、事実上の拘束性であるからには、後の裁判所が実際にこれに従うとは限らない。皮肉なことに、平成七年大法廷決定は、下級裁判所に対して、あまり強い事実上の拘束性を發揮しなかったであろう。

- (110) 最高裁判調査官による解説は、本決定を、違憲判断の遡及効に関する問題と正しく捉えている。伊藤・註(78)論文九四頁、尾島・註(81)論文四一頁。彼らは、その意見を、本決定そのものに反映させることはできなかったのだろうか。実務界からも、この点につき率直な疑問が寄せられている。岡本雅弘「婚外子相続分差別違憲決定についての雑感」金融法務事情一九八五号六頁(二〇一四年)。

- (112) 民集四九卷七号一八〇七頁。

- (113) 最判平成一五年三月三十一日、判時一八二〇九号六四一六五頁。

- (114) 最決平成一二年一月二七日、判時一七〇七号一二頁。島田裁判官は、反対意見が違憲判断の不遡及的効力に言及することにつき、これを「最高裁判所の違憲判断が一般的効力ないしは実質的にこれに近い事実上の効力を有することを前提としつつ、既存の裁判・協議に影響を及ぼし混乱を招くのを回避するため」に提示したものと理解しつつ、次のように批判した。

「裁判所による法の解釈は立法者によって与えられた法の内容を発見することにあるとするならば、最高裁判所の違憲判断は、その法が以前から違憲無効であったことを宣明するものであって、遡及的効果を持つとする考えに親しみやすいであろう。これに対し、裁判所の法解釈には法の制定に類する創造的機能もあることを承認するならば、最高裁判所は、違憲判決において、その効果を遡及させるか否かを自ら決定することもできるといえることになるであろう。しかし、後者の考え方においても、その不遡及的違憲判断は当該事件には例外的に適用されるのか、それとも当該事件には適用されず将来の同種事件についてのみ活かされる傍論的説示にとどまるのかも問題であり、いまだ十分に議論が熟しているとはいえない。

法の解釈に創造的機能があることは否定できないが、それは主として法の欠缺する分野においてである。明文の規定の存するところに法創造的契機を持ち込むことは、更に慎重な検討を必要とするものと思う」(一二三頁)。

- (115) この点の指摘に続いて、千葉補足意見は、本件遡及効の判示は傍論 (obiter dictum) でなく、判旨 (ratio decidendi) として扱うべきだと述べている。だがそれは、これらの術語の通常の用法とは異なるであろう。
- (116) さしあたり、高橋・註(106) 論文、新・註(62) 書六七三頁参照。
- (117) 主要な問題は、伊藤・註(82) 論文で詳しく検討されている。また、実務界で最も関心を引くのもこの点であり、註(6) に挙げた諸論文でも検討されている。
- (118) 法改正の経緯については、佐藤彩香「嫡出でない子の相続分に関する民法の改正―最高裁判所平成二五年九月四日大法廷決定を受けて」時の法令一九四八号(二〇一四年) 参照。吉岡睦子「法制審議会民法部会身分法小委員会での議論について」自由と正義六五巻三号二六頁(二〇一四年) は、今回の法改正を契機として、法制審議会におけるこれまでの民法(とくに家族法) 改正に関する議論を概観し、今後の課題に言及している。
- (119) 他方で、幡野弘樹「判批」論究ジュリスト一一〇頁(二〇一四年) は、「法的安定性の要請と、平等化された相続分のルール(新ルール) を主張できない嫡出でない子と新ルールの適用を受ける嫡出でない子との間の平等を求める要請をどう調和するかが問題となる」を指摘している。
- (120) 本決定後間もなく、最高裁は、出生届への嫡出子・非嫡出子の記載を合憲であると認めた。最判平成二五年九月二六日、民集六七巻六号一三八四頁。
- (121) 金澄道子「相続分差別だけではない、婚外子と非婚の母を差別する『寡婦控除』―寡婦控除が示す『死別・離別・非婚』という家族の序列」賃金と社会保障一六〇五号(二〇一四年)、榊原富士子「婚外子について残された課題」自由と正義六五巻三号(二〇一四年) 等参照。
他方で、水野紀子は改めて、わが民法(家族法) は「婚姻保護つまり妻子の保護がさわめて薄い」ことを強調している。水野「婚外子相続分差別違憲決定」法律時報八五巻一二号二頁(二〇一三年)、同「判批」判例セレクト2013II(法学教室四〇一号別冊)二五頁(二〇一四年)。また、西希代子「判批」法学教室四〇三号五六頁(二〇一四年) も平成七年決定をはじめとして、「これまで婚内子の立場に目が向けられることはなかった」点に疑問を呈している。